Die Haftung des Vermieters wegen eines Mangels der vermieteten Sache nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Paul Rabich
Gerichtsreferendar in Cöln.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1912.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545810_0035

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1
Vorbemerkung: Gegenstand des Mietvertrages 2

Erster Teil.

Voraussetzung der Haftung des Vermieters.

A. Allgemeine Voraussetzungen der Haftung 5
Abgrenzung des Begriffes „Sachmängel“ 5
1. Fehler, welche die Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche beeinträchtigen 7
a) Eigentliche Fehler 7
b) Umfang der Fehler 9
α) Vertragsmäßiger Gebrauch 9
β) Beeinträchtigung der Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauch 11
2. Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften 12
a) Begriff und juristische Natur der Zusicherung 12
b) Eigenschaften der Sache 16
B. Besondere Voraussetzungen der Haftung 20
1. In den Fällen des § 537 20
2. In den Fällen des § 538 22
a) Ursprüngliche Mängel 23
b) Nachträgliche, vom Vermieter zu vertretende Mängel . . . 25
c) Verzug in der Beseitigung von Mängeln 27
3. In den Fällen des § 542 29
a) Vorenthaltung oder Wiederentziehung des Gebrauches . . . 30
b) Erheblichkeit der Hinderung 32
c) Versäumung der angemessenen Abstellungsfrist 35

Zweiter Teil.

Inhalt der Haftung des Vermieters.

Vorbemerkung 41
A. Der aus der Erfüllungshaftung des Vermieters sich ergebende Anspruch des Mieters auf Beseitigung 41
1. Grundlage und Inhalt dieses Anspruches 41
2. Rechtliche Natur dieses Anspruches 45
B. Die aus der Gewährleistungshaftung sich ergebenden Rechte des Mieters 46
1. Allgemeines 46
2. Die Mietzinsminderung 47
a) Inhalt dieses Rechtes 47
b) Mietzinsberechnung 50
c) Juristische Natur der Mietzinsbefreiung bezw. Minderung und deren Folgen 53
d) Beweislast 56

Seite

3. Der Schadensersatzanspruch des Mieters wegen Nichterfüllung . 61
a) Rechtliche Natur des Anspruches 61
b) Umfang und Inhalt des Anspruches 61
c) Beweislast 67
4. Das Selbsthilferecht des Mieters 69
a) Inhalt dieses Rechtes 69
b) Juristische Natur dieses Rechtes 72
5. Das sofortige Kündigungsrecht 73
a) Umfang des Rechtes 73
b) Juristische Natur und juristisches Wesen der Kündigung . . 78
c) Beweislast 83
C. Verhältnis dieser Mängelrechte des Mieters zueinander 86
1. Das Verhältnis des Anspruches auf Schadensersatz zu der Mietzinsminderung 86
2. Das Verhältnis des Selbsthilferechtes zu den Rechten des Mieters aus §§ 537, 538 Abs. 1 90
3. Das Verhältnis des Kündigungsrechtes zu den übrigen Mängelrechten des Mieters 91
4. Das Verhältnis der Mängelrechte des Mieters zu dem Anspruche auf Erfüllung 97

Dritter Teil.

Änderung und Ausschluß der Haftung.

A. Vertragsmäßige Regelung 105
B. Gesetzliche Ausschließungsgründe 112
1. Verschulden des Mieters 112
2. Kenntnis des Mieters von einem Mangel 119
a) Bei Abschluß des Vertrages 119
b) Bei vorbehaltsloser Annahme der Sache 123
c) Während der Dauer des Mietverhältnisses 128
3. Grobfahrlässige Unkenntnis des Mieters von einem Mangel . . . 134
a) Bei Abschluß des Vertrages 134
b) Während der Mietsdauer 138

Literaturverzeichnis.

Archiv für zivilistische Praxis. Crome in Bd. 78 S. 140. Rosenberg in Bd. 94 S. 128ff. Thiele in Bd. 89 S. 149.

Arnold, Wohnungsmiete. 2. Aufl. 1900.

Beckh, Beweislast. 1899.

Beer, Wohnungsmiete. Vier Vorträge. Leipzig 1903.

Beradt, Miete und Polizei. 1906.

Blume in Jherings Jahrbüchern Bd. 55.

Borcherdt, Das Mietrecht nach Bürgerlichem Gesetzbuch. 1899.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte. 1904.

Brückner, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen. 2. Aufl. 1903.

Brühl, Miete und Pacht. 3. Aufl. 1900.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 5. Aufl. 1910.

Crome, Das System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 u. 2. 1902.

Crome, Juristische Natur der Miete. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 57.

Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte. 1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. 3. Aufl. 1905.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 7. Aufl. 1902.

Deutsche Juristenzeitung. (Abgek.: DJZ.)

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2 u. 3. 1905.

Eccius, Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach Bürgerlichem Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 309ff.

Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärungen. 1893.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 8. Aufl. 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4./5. Aufl. 1910.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (Abgek.: RGE.)

Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag. 1899.

Fränkel, Miet- und Pachtrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1897.

Fischer-Henle, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. Aufl. 1906.

Fuld, Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1898.

Fuld, Beweislast bei Mängeln der Mietsache. Im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht Bd. 14 S. 457ff.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. 2. Aufl. 1903.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 44—47, 49. (Abgek.: Gruchots Beitr.)

Haidlen, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. 1897.

Jherings Jahrbücher für Dogmatik.

Juristische Wochenschrift. (Abgek.: JurW.)

Kipp, Gutachten zum 27. Deutschen Juristentag. In Jherings Jahrbüchern Bd. 1.

Kipp-Windscheid, Pandekten. Bd. 2. 8. Aufl. 1900.

Kisch, Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.
Kuhlenbeck, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1903.
Laband im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 74 S. 357ff.
Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.
Leistikow, Die Mängelhaftung des Vermieters nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Erlangen 1908.
Leonhard, Die Beweislast. 1904.
Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse. 1910.
Litten, Wahlschuld. 1903.
Ludewig, Die Mängelhaftung des Vermieters nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Rostock 1904.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.
Mittelstein, Die Miete nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1909.
Moser, Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht für Fehler bei der Miete. Diss. Berlin 1906.
Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 1889.
Neumann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 1909.
Niendorff, Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 8. Aufl. 1907.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 3./4. Aufl. 1911.
Pächt, Leistungsverzug. 1902.
Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse. 1905.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. 1907.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Recht, Juristische Zeitschrift.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan. (Abgek.: Rechtspr. d. OLG.)
Rehbein, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 1903.
Rohs, System des deutschen Zivilprozesses. Breslau, Gottlieb Korn, 1907.
Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1901.
Rudelsberger, Deutsches Wohnungsmietrecht. 1909.
Schöller, Schuldhafte Nichterfüllung von Verträgen. In Gruchots Beiträgen Bd. 44—46. (Abgek.: Schöller in Gruchots Beitr.)
Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1904.
Schröder, Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf. Diss. Berlin 1903.
Seufferts Archiv für bürgerliches Recht. (Abgek.: Seufferts Arch.)
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. (Abgek.: Seufferts Bl. f. RA.)
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 8. Aufl. 1906/07.
Strauß, Die Miete nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1908.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 1. u. 2. Teil bearbeitet von Kober. 5./6. Aufl. 1910.
Titze, Unmöglichkeit der Leistung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.
Tumpowsky, Der Mängelanspruch des Mieters nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Leipzig 1902.
Vogel, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1907.
Wach, Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Dekanatsprogramm. Leipzig 1901.
Weyl, Das System der Verschuldensbegriffe. 1905.

Einleitung.

Im Einklang mit dem gemeinen Rechte und den meisten Werken der neueren Gesetzgebung,[1]) nach denen die in vollendeter Technik entwickelten Rechtssätze des ädilizischen Ediktes auf die Miete keine Anwendung finden, hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch der Haftung des Vermieters für Sachmängel eine besondere Regelung gegeben.

Bestimmend für diese von den Vorschriften über den Kauf in mancher Beziehung abweichende Regelung ist einmal die Erwägung gewesen, daß die juristische Natur der Miete, als einer zeitlichen entgeltlichen Gebrauchsüberlassung von Sachen, eine eigenartige ist. Während nämlich die Haftung des Käufers für Sachmängel sich nur auf den bestimmten Zeitpunkt des Gefahrüberganges, also regelmäßig den Zeitpunkt der Übergabe der Kaufsache erstreckt,[2]) ist die Verpflichtung des Vermieters eine über einen gewissen Zeitraum hin sich ständig erneuernde. Während der ganzen Dauer der Mietzeit besteht eine fortwährende Leistungspflicht des Vermieters, so daß er nicht nur für solche Mängel aufkommen muß, die beim Abschluß des Mietvertrages vorhanden sind, sondern auch für alle Fehler der Sache einzustehen hat, die erst im Laufe der Mietsdauer entstehen oder hervortreten.

Des weiteren ist für die besondere Regelung der Miete der Grundgedanke maßgebend gewesen, daß eine Anlehnung an die Bestimmung des Entwurfes,[3]) die bei Veräußerungsverträgen dem Veräußerer die Verpflichtung auferlegt, auch für solche Mängel einzustehen, welche die Tauglichkeit der Sache zum gewöhnlichen Gebrauche aufheben oder mindern, nicht angemessen sei.[4])

Bei Veräußerungsverträgen ist nämlich jene Bestimmung aus dem Grunde am Platze, weil regelmäßig jeder Erwerber

---

[1]) Sächs. BGB. § 1196; Hess. Entw. Art. 162; Dresdner Entw. Art. 545; Schweiz. Bundesgesetz Art. 277; ebenso code civil art. 1721.

[2]) §§ 459, 446 BGB.

[3]) 1. Entw. § 381.

[4]) Mot. Bd. 2 S. 373.

auf eine solche Tauglichkeit rechnet und rechnen darf. Beim Mietvertrage dagegen ist das Kriterium „vertragsmäßiger Gebrauch“ für die Haftung des Vermieters von ausschlaggebender Bedeutung geworden, da dem Mieter die Sache nur zu einem bestimmten, aus dem Vertrage ersichtlichen Gebrauche überlassen wird.[1])

Daß endlich das Bürgerliche Gesetzbuch bei der Normierung der Mängelhaftung davon ausgegangen ist, einen Ausgleich zwischen dem auf Grund seiner vermutlichen Vertrautheit mit den Eigenschaften und Fehlern der Sache überlegenen Vermieter und dem ihr meist völlig fremd gegenüberstehenden Mieter zu schaffen, mag noch an letzter Stelle erwähnt sein. Dies trifft wohl in noch größerem Maße für den Mieter als für den Käufer zu; denn für jenen mag eine Besichtigung des Kaufgegenstandes vor Eingehen des Kaufvertrages geboten sein, da er das Eigentum an der Kaufsache erwerben will;[2]) bei der Miete aber ist sie vor Abschluß des Mietvertrages nicht üblich und in vielen Fällen auch undurchführbar.

Aus dem zuletzt erwähnten Gesichtspunkte erklärt sich denn auch die Durchlöcherung, welche das Prinzip der Haftung des Vermieters durch die Vorschriften über die Kenntnis des Mieters von einem Mangel der gemieteten Sache sowohl bei Abschluß des Vertrages als auch bei vorbehaltloser Annahme der Sache erfahren hat.

Vorbemerkung. Gegenstand des Mietvertrages.

Vorangeschickt sei eine kurze Erörterung darüber, welche Sachen Gegenstand eines Mietvertrages sein können, hinsichtlich welcher Sachen also das Bürgerliche Gesetzbuch eine Haftung des Vermieters wegen Sachmängel[3]) eintreten läßt. Aus dem Wortlaute des § 535 Abs. 1 „durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren“ ist zu entnehmen, daß nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches[4]) nur körperliche Gegenstände vermietet werden können, während

[1]) Mot. Bd. 2 S. 373.

[2]) JurW. 1902 S. 147 Anm. 87; Niendorff S. 107.

[3]) Da die Haftung des Vermieters wegen eines Sachmangels zum Thema gewählt worden ist, bleiben die übrigen Mängel, nämlich Rechtsmängel, unberechtigte Eingriffe Dritter und außerhalb der Sache liegende Mängel (s. Tumpowsky S. 5), von dieser Darstellung unberührt.

[4]) § 90 BGB.

noch das allgem. Landrecht[1]) auch Rechte ausdrücklich als Gegenstand des Mietvertrages anerkannte.

Unrichtig ist mithin die Behauptung Fulds,[2]) daß auch unkörperliche Gegenstände, z. B. die Dampfkraft, das Gas, die Elektrizität, vermietet werden können. Zu dieser Ansicht kommt Fuld durch die Annahme, den Gegensatz zu Sachen bildeten nach der Sprache des Bürgerlichen Gesetzbuches die Rechte, und deshalb seien nur die Rechte nicht vermietbar, während alle anderen Rechtsobjekte Sachen im Sinne des § 535 seien. Entgegen dieser Ansicht sind vielmehr die körperlichen von den unkörperlichen Gegenständen zu scheiden, zu welch letzteren namentlich die Rechte gehören.[3])

Die vermieteten Sachen können sowohl Grundstücke wie bewegliche Sachen sein, auch bloße Teile einer beweglichen oder unbeweglichen Sache sind geeignet zur Vermietung.[4]) So unterliegen nach § 580 Wohnräume und Wohnungen den Vorschriften über die Miete von Grundstücken.

Ebenso ist die Miete einer Mehrheit von beweglichen Sachen sowohl in der Weise möglich, daß die einzelnen Sachen selbständige Sachindividuen bleiben, als auch derart, daß alle Sachen zusammen als ein Sachganzes vermietet werden, wobei dann die einzelnen Sachen nur Bestandteile des Ganzen bilden. Ebenso können auch vertretbare Sachen vermietet werden, wenn und soweit sie einen Gebrauch gestatten.

Ob auch verbrauchbare Sachen Gegenstand des Mietvertrages sein können, ist in der Literatur bestritten. Da verbrauchbare Sachen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches solche bewegliche Sachen sind, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in dem Verbrauch oder der Veräußerung besteht,[5]) dürften sich regelmäßig solche Sachen nicht zur Miete eignen. Aus diesem Grunde verneint ein Teil der Literatur diese Frage.[6]) Jedoch ist mit der überwiegenden Mehrheit der Literatur anzunehmen, daß verbrauchbare Sachen ausnahmsweise „zu einem ihrer eigentlichen Bestimmung nicht gemäßen Gebrauche vermietet werden können, nämlich zu einem solchen, welcher ihre Substanz unberührt läßt. Z. B. Früchte zur vorübergehenden Dekorierung einer Tafel.[7])

---

[1]) ALR. I, 21 §§ 358, 359.
[2]) Fuld S. 22/23.
[3]) Mittelstein S. 12/13.
[4]) Staudinger, Komm. Bd. 2, 1 Bem. B I, 1a zu § 535; Fischer-Henle Anm. 2 zu § 535; Niendorff S. 1.
[5]) § 92 BGB.
[6]) Mot. Bd. 2 S. 371; Fuld S. 20/21; Borcherdt S. 24.
[7]) Staudinger Bd. 2, 1 Bem. B I, 1b zu § 535 S. 781; Mittelstein

Die interessante Frage, ob auch die eigene Sache des Mieters Gegenstand des Mietvertrages sein kann, hier eingehend zu erörtern, würde zu weit führen, sie ist aber mit der herrschenden Ansicht[1]) für den Fall zu bejahen, daß einem andern ein das Gebrauchsrecht des Eigentümers ausschließendes Recht an der Sache zusteht.

Endlich können auch über Sachen, die dem öffentlichen Gebrauche gewidmet sind, Mietverträge abgeschlossen werden, jedoch nur insoweit, als sie dadurch ihrer Bestimmung nicht dauernd und nicht vollständig entzogen sind.[2])

S. 11; Dernburg Bd. 2 § 215 II; Crome Bd. 2 § 234 Nr. 22; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 § 152 Anm. 2; Oertmann Bd. 2 Vorbem. 1, 1 b zu § 535 S. 535; Planck Bd. 2 Bem. 2 zu § 535.

[1]) Mot. Bd. 2 S. 371; Staudinger Bd. 2, 1 Bem. 2 zu § 535; Oertmann Bd. 2 Vorbem. 1 b zu § 535; Borcherdt S. 24; Crome Bd. 2 S. 535; teilweise anders Kipp-Windscheid S. 674.

[2]) Mittelstein S. 11; Fuld S. 23; Staudinger Bd. 2, 1 Bem. B I. 1 α zu § 535; allgemeiner auch Niendorff S. 11.

Erster Teil.

Voraussetzungen der Haftung des Vermieters.

A. Allgemeine Voraussetzungen der Mängelhaftung.

Bevor wir in eine Erörterung über die Haftung des Vermieters wegen eines Mangels der vermieteten Sache eintreten, bedarf es einer Prüfung, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, um eine Haftung des Vermieters entstehen zu lassen. Hierher gehören zunächst die allgemeinen Voraussetzungen, die in jedem Falle gegeben sein müssen, im Gegensatz zu den später zu behandelnden, besonderen Voraussetzungen, die in den einzelnen Fällen zu den allgemeinen hinzutreten müssen, um eine Gewährleistungspflicht des Vermieters für Sachmängel zu begründen.

Abgrenzung des Begriffes „Mangel".

Wenn auch das Gesetz auf eine Definierung des Begriffes „Mangel" verzichtet hat, so ergibt sich doch aus dem § 537 BGB., was das Gesetz unter einem physischen oder natürlichen Mangel der Mietsache verstanden wissen will.

Der § 537 umfaßt die beiden Fälle:

a) Die gemietete Sache ist mit einem „Fehler" behaftet, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauche aufhebt oder mindert.

b) Eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder fällt später weg.

Diese beiden Fälle sind es, die das Gesetz ausschließlich unter dem Begriff Sachmangel zusammenfaßt. Daher muß der Auffassung[1]) entgegengetreten werden, nach der „Mangel" beliebig statt „Fehler" gesetzt und beiden der Begriff „Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft" gleichgeordnet wird. Aus der Terminologie des Gesetzes ergibt sich vielmehr, daß der Begriff „Mangel" der den beiden Begriffen „Tauglichkeitsfehler"

[1]) s. z. B. Staudinger Bem. I, 2 zu § 537 (unter Fehler ist hier und im Falle des § 538, woselbst von einem Mangel gesprochen wird . . .); Dernburg Bd. 2, 2 § 217, 4 S. 189.

und „Nichtvorhandensein einer zugesicherten Eigenschaft“ übergeordnete Begriff ist und demgemäß seinem Inhalte und Umfange nach bestimmt wird durch den Inhalt und Umfang der beiden Unterbegriffe. Einen Stützpunkt findet diese Annahme noch in dem Wortlaute des § 538. Dieser spricht nämlich von einem Mangel der im § 537 bezeichneten Art, will also sowohl „einen eigentlichen Tauglichkeitsfehler“ wie auch „das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft“ herangezogen wissen. Ferner sprechen sich auch die Motive[1]) bei Gelegenheit der Veräußerungsverträge über die Terminologie des Gesetzes aus: „wie der Entwurf überhaupt mit dem Ausdrucke ‚Mangel‘ jene beiden Arten von Fehlern bezeichnet“.

Eine befriedigende Definition von dem Begriff „Mangel“ zu geben, ist auch in der Literatur nur ganz vereinzelt versucht worden. Wenn Kober[2]) bei Staudinger jede ungenügende Erfüllung der dem Vermieter aus § 536 erwachsenen Verpflichtungen von der Seite des Mieters aus betrachtet als einen Mangel der Mietsache auffaßt, so ist dieser Annahme bereits Tumpowsky[3]) mit Recht entgegengetreten. Denn es gibt zahlreiche Fälle, in denen der Vermieter seine in § 536 statuierten Verpflichtungen verletzt, ohne daß hierdurch ein Mangel im Sinne des § 537 gegeben zu sein braucht. Denn § 536, der die allgemeine Erfüllungshaftung des Vermieters normiert, enthält viel umfassendere Verpflichtungen, als sie dem Vermieter in § 537 auferlegt sind.

So wird z. B. von einem Mangel der gemieteten Sache niemals die Rede sein können, wenn die Identität der überlassenen und der vermieteten Sache in Frage gestellt ist, oder wenn gar eine ganz andere als die vermietete Sache dem Mieter zum Gebrauche gewährt wird, denn hier handelt es sich nicht um mangelhafte Erfüllung, sondern es liegt Nichterfüllung des Mietvertrages vor.[4])

Vielmehr ist Tumpowsky[5]) grundsätzlich darin beizupflichten, daß sich jeder Mangel, sei es ein Tauglichkeitsfehler oder das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, als ein Ver-

---

[1]) Mot. Bd. 2 zu §§ 381, 382 S. 226; s. ferner den Wortlaut von § 460, wo Fehler und Mangel ausdrücklich voneinander geschieden werden. Von der Literatur Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 494 Anm. 7; Oertmann Bd. 2 Bem. 1 zu § 459 S. 420; Haidlen § 460 S. 528; Fischer-Henle Bem. 2 zu § 460; Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 309 u. a. m.

[2]) Kober bei Staudinger Bem. II, 2 a α zu § 537 S. 802.

[3]) Tumpowsky S. 8ff.

[4]) Endemann Bd. 1 § 161 Anm. 3 in Verb. mit § 160 Anm. 21 S. 984; Schröder S. 15; Dernburg Bd. 2, 2 § 184 S. 61f.

[5]) Tumpowsky S. 8/9.

stoß gegen die in § 536 fixierte Verpflichtung des Vermieters darstellt, die vermietete Sache in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen. Jedoch ist hinsichtlich der zugesicherten Eigenschaften eine wichtige Einschränkung zu machen, die später erörtert werden wird.

So sind in der Literatur nur ganz allgemeine Gesichtspunkte und Momente für die Abgrenzung des Begriffes „Mangel der Sache“ aufgestellt worden. Im übrigen kann es auch nicht als Aufgabe der Wissenschaft betrachtet werden, den Mangel einer Sache begrifflich festzulegen, vielmehr liegt es, wie allgemein hervorgehoben wird,[1]) der Verkehrsanschauung ob, unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles helfend einzugreifen.

Nur wenn man bei Prüfung des einzelnen Falles unter Berücksichtigung der Verkehrssitte die normale Beschaffenheit der in Betracht kommenden Art von Mietsachen als allgemeinen Maßstab anzulegen gewillt ist, wird man in der Lage sein, einen Mangel der Sache zu konstatieren. Denn je nachdem sich auf Grund einer solchen Prüfung ein Überschreiten oder ein Zurückbleiben hinter der Normalbeschaffenheit der fraglichen Sachart herausstellt, wird man von einem Vorzuge oder einem Mangel der einzelnen Mietsache sprechen können.

1. Fehler, welche die Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche beeinträchtigen.

Wenn auch keine allgemeine Definition, so hat doch der Gesetzgeber in § 537 einige Voraussetzungen ganz allgemeiner Natur für die Haftung des Vermieters aufgestellt, von deren Vorliegen die Geltendmachung der Rechte des Mieters abhängig ist. Zunächst stellt er nämlich die Forderung auf, daß die Mietsache mit einem Fehler behaftet sein muß, der ihre Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche aufhebt oder mindert.

a) Eigentliche Fehler.

Fehler der vermieteten Sache — der Begriff „Fehler“ wird von den obigen Ausführungen über den Begriff „Mangel“ der Sache bereits mitbetroffen — sind nach Oertmann[2]) Abweichungen von der zum vertragsmäßigen Gebrauche erforderlichen Beschaffenheit der Sache, welche ihre Brauchbarkeit be-

---

[1]) Cosack Bd. 1 § 127 Bem. I, 1b S. 514; Planck Bd. 2 Bem. 1b β zu § 459; Schröder S. 14; Dernburg Bd. 2, 2 § 184 Bem. II S. 60ff.

[2]) Oertmann Bd. 2 Bem. 1a zu § 537 S. 545 und Bem. 1a u. 4 zu § 459.

einträchtigen, also ein Zurückbleiben der Mietsache hinter der Normalbeschaffenheit von Sachen der fraglichen Art oder hinter einem zum besonderen vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Stücke derselben.

Zunächst wird man unter Fehler nur einen physischen Fehler der Sache selbst — z. B. das Dach des vermieteten Hauses ist undicht, in dem vermieteten Buche fehlen einige Seiten — oder doch einen solchen zu verstehen haben, welcher der Sache unmittelbar anhaftet, z. B. das Vorhandensein von Ungeziefer in der Wohnung.[1])

Dabei können Fehler, die nur einem Teile der Sache anhaften, z. B. einem Zimmer der gemieteten Wohnung, unter Umständen die Tauglichkeit der ganzen Mietsache in Frage stellen. Jedoch wird umgekehrt auch der Fortfall von Vorzügen, welche die Sache zur Zeit des Vertragsabschlusses aufweist, keine Haftung des Vermieters begründen dürfen, es sei denn, daß dieser Fortfall einen vom Vermieter zu verhindernden Mangel zur Folge hat.[2])

Über diese Auffassung, daß ein Fehler der Sache unmittelbar anhaften müsse, geht ein großer Teil der Literatur[3]) erheblich hinaus. Körperlich brauche der Fehler der Mietsache nicht anzuhaften, er könne auch in Imponderabilien bestehen, die mit der Mietsache nur mittelbar zusammenhängen und ebenso den durch die Miete gewollten Zweck vereitelten oder störten. Hierher gehören demnach nach der herrschenden Ansicht Fälle, in denen die Mietsache zwar selbst fehlerlos ist, der Mieter aber in ihrem vertragsmäßigen Gebrauche beeinträchtigt wird, wie durch ständiges Lärmen der Mitmieter, durch den Rauch, Geruch oder das Geräusch benachbarter Fabrikanlagen, oder Fälle, in denen die Beeinträchtigung in ihrem Gebrauche unter Berücksichtigung der begleitenden Umstände einem anständigen Mieter nicht zugemutet werden kann. Als Beispiel sei die Verrufenheit der Wohnung als früherer Aufenthalt von Prostituierten angeführt. Noch einen Schritt weiter geht Oertmann[4]) mit seiner Behauptung, schon eine derartige Verrufenheit der Nachbarhäuser könne genügen, um einen Mangel des vermieteten Wohnhauses im Sinne des § 537 auszumachen.

[1]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 480.

[2]) Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 312; auch Planck Bem. 1b ββ zu § 459.

[3]) Mittelstein S. 157; Staudinger Bem. II, 2 β zu § 537 S. 802; Oertmann Bd. 2 Bem. 1a zu § 537 S. 535; Brückner S. 61 Anm. 3/4; Endemann Bd 1, 4 S. 1050 § 168 Anm. 14; Kohler Bd. 2 § 99; Dernburg Bd. 2, 2 § 184 II S. 60; Niendorff S. 104f.; JurW. 1900 S. 539.

[4]) Oertmann Bd. 2 Bem. 1a zu § 537.

Der herrschenden Ansicht ist darin beizupflichten, daß ein den Gebrauch beeinträchtigender Mangel der Mietsache nicht körperlich anhaften muß, sondern daß auch Fehler, welche nur mittelbar die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche aufheben oder mindern, eine Mängelhaftung des Vermieters begründen können. M. E. treffen aber auf die oben angeführten Fälle die allgemeinen Voraussetzungen für eine Haftung des Vermieters nicht mehr zu, und es hieße die begrifflichen Voraussetzungen dieser Mangelart allzusehr ausdehnen, wollte man die Vorschriften über die Mängelhaftung dort noch anwenden, wo von einem Fehler der Mietsache im Sinne des § 537 nicht mehr die Rede sein kann. In derartigen Fällen greifen vielmehr die allgemeinen Rechtsbehelfe über Nichterfüllung oder Verzug in der Erfüllung oder der Erfüllungsanspruch aus § 536 Platz, der, wie schon oben gesagt, dehnbarer ist als die Bestimmung des § 537. Gegebenenfalls können auch die gesetzlichen Vorschriften über Anfechtung wegen Irrtum oder Betrug Anwendung finden.

Engere Grenzen als die übrige Literatur zieht bereits Tumpowsky,[1]) der lediglich nur diejenigen der Mietsache auch mittelbar anhaftenden Fehler unter die allgemeinen Voraussetzungen des § 537 subsumieren zu können glaubt, die sich weder als „unberechtigte Eingriffe Dritter“ noch als andere „außerhalb der Sache liegende Mängel“ darstellen. Jedenfalls ist bezüglich der ganz außerhalb der Sache liegenden Mängel eine derartige Einschränkung, zu der auch der Wortlaut des § 537 Abs. 1 nötigt, zu machen, wenn nicht der Begriff „Mangel“ und der hiervon mitumfaßte Begriff „Fehler der Sache“ verflüchtigt werden soll.

b) Umfang der Tauglichkeitsfehler.

Nicht jeder Fehler der Mietsache ist geeignet, eine Mängelhaftung des Vermieters zu begründen, sondern nur solche, durch welche die Tauglichkeit der Sache zum vertragsmäßigen Gebrauche aufgehoben oder gemindert ist.

a) Vertragsmäßiger Gebrauch.

Während beim Kaufe zwei Kriterien nebeneinander gestellt sind, ein objektives, dessen Bildung und Begrenzung der Verkehrsauffassung überlassen ist, und ein auf Grund der vertragsmäßigen Übereinkunft ihre jeweiligen besonderen Zwecke

[1]) Tumpowsky S. 7.

berücksichtigendes Moment,[1]) hat bei der Miete nur letzteres eine ausschlaggebende Bedeutung gefunden.

Der Grund hierfür ist mit den Motiven[2]) in dem Wesen der Miete zu suchen. Denn im Gegensatze zum Kaufe, bei welchem der Käufer lediglich die gewöhnliche Gebrauchstauglichkeit der Sache erwartet, ist es bei der Miete Regel, daß die Sache, die doch meist einen mehrfachen Gebrauch zuläßt, dem Mieter nur zu einem bestimmten aus dem Mietvertrage ersichtlichen Zweck überlassen wird. Deshalb ist auch das Schwergewicht auf das Wort „vertragsmäßig" zu legen.

Es genügt demnach nicht, wenn der Mieter für sich einen bestimmten Gebrauch von der Sache machen will, vielmehr muß letzterer nach dem Vertrage, also auf Grund der Willensübereinstimmung beider Teile, die allerdings auch stillschweigend erfolgen kann, als möglich und gewollt vorausgesetzt sein.

Das Gesetz sagt nichts darüber, was unter dem „vertragsmäßigen Gebrauche" der Sache begrifflich zu verstehen ist; die nähere Festlegung dieses Begriffes wird nämlich je nach den Umständen des einzelnen Falles verschieden ausfallen. Im Verhältnis des vertragsmäßigen zum gewöhnlichen Gebrauche ist zunächst zu konstatieren, daß wenn auch der allgemeine Gebrauch nicht entscheidend ist, sondern der von den Parteien gewollte, doch der vertragsmäßige mit dem üblichen oder gewöhnlichen identisch sein kann; unter Umständen wird sich auch nur aus dem gewöhnlichen Gebrauche ein Schluß darauf rechtfertigen lassen, was als der vertragsmäßige Gebrauch anzusehen ist.[3])

Läßt die Mietsache nur einen Gebrauch zu, so ist dieser der vertragsmäßige; soll der Mieter das Recht zu jedem Gebrauche haben, den die Sache gestattet, so erscheint eben das vollständige Gebrauchsrecht als das vertragsmäßige und somit auch für diesen Fall die Hervorhebung des vertragsmäßigen Gebrauches zutreffend und richtig.[4])

Es kann somit die Gebrauchsgewährung unbeschränkt sein, meist aber wird sie mehr oder weniger einschneidenden Beschränkungen unterliegen. Diese können sich einerseits aus der Natur der Mietsache ergeben, so werden z. B. selbst bei der Miete einer ganzen Wohnung die Grenzen durch den normalen

[1]) Schröder S. 16.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 373; s. auch Goldmann-Lilienthal Bd. 1 § 153, 2 Anm. 8; Haidlen, BGB. S. 604.

[3]) Mittelstein § 31 S. 143; Planck Bd. 2 Bem. 1 zu § 537.

[4]) Goldmann-Lilienthal Bd. 1 § 153 Anm. 8 S. 547; Mot. Bd. 2 S. 373/74 zu den §§ 505, 506, 507; Matthiaß Bd. 1 § 114 S. 300.

Wohnzweck gezogen. Andererseits kann es Inhalt des gegenseitigen Parteiwillens sein, daß gewisse, den gewöhnlichen Gebrauch beeinträchtigende Umstände ohne Bedeutung sein sollen, daß also der vertragsmäßige Gebrauch hinter dem gewöhnlichen zurückbleibt. Eine Wohnung, die objektiv mit Fehlern behaftet ist, kann demnach nach Maßgabe der subjektiven Parteivereinbarung der Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche genügen.[1])

Der Normalfall ist dies jedoch nicht. Denn in der Regel werden die Parteien vereinbaren, daß der vertragsmäßige Gebrauch über den üblichen noch hinausgeht, daß also eine Sache, die an dem gewöhnlichen Maßstabe gemessen als mangelfrei erscheint, im besonderen Falle den erhöhten Anforderungen, die an sie gestellt werden, nicht mehr entspricht.

Insofern kann also das Kriterium „Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche“ erheblich modifizierend auf Umfang und Begriff „Mangel der Sache“ einwirken. Möglich ist, daß nach dem Abschlusse des Mietvertrages eine Änderung in den Bedürfnissen des Mieters eintritt. Dernburg[2]) will auch eine solche Steigerung in den Bedürfnissen des Mieters bei der Frage nach dem „vertragsmäßigen Gebrauche“ mitberücksichtigen. Jedoch können unverhältnismäßige Opfer dem Vermieter nicht zugemutet werden.[3])

Endlich wird, wenn aus der ausdrücklichen oder stillschweigenden Parteivereinbarung das Merkmal „vertragsmäßiger Gebrauch“ nicht klar ersichtlich ist, sich die Entscheidung im Einzelfalle nach der Art der Mietsache, dem Moment, Erfüllung des individuellen Zweckes des Mietvertrages[4]) und unter Berücksichtigung der allgemeinen Verkehrsanschauungen sowie der örtlichen Gebräuche im besonderen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu richten haben.[5]) Auch kann die Höhe des Mietzinses von Einfluß sein.

β) Beeinträchtigung der Tauglichkeit.

Soweit mit der Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche Fehler der oben näher erörterten Art verträglich sind, kann

[1]) Tumpowsky S. 16f.; Mittelstein S. 143; s. ferner Seufferts Arch. Bd. 40 Nr. 286; Rechtspr. d. OLG. Bd. 13 S. 364 (Vermietung nur zum Betrieb eines Restaurants).

[2]) Dernburg Bd. 2, 2 § 217 Anm. 1 S. 187.

[3]) s. RGE. Bd. 37 S. 218.

[4]) Ein Stall, eine Remise, ein Speicher hat andere Voraussetzungen für die Brauchbarkeit als ein offener Laden.

[5]) Mittelstein S. 143; Staudinger Bem. B II, 2c zu § 537; Cosack Bd. 1 § 135 II, 2c S. 554; Dernburg Bd. 2, 2 § 217 I, 1 S. 187; Tumpowsky S. 11; Schröder S. 18; Arnold S. 41.

naturgemäß von einer Haftung des Vermieters keine Rede sein. Vielmehr stellt der Gesetzgeber in § 537 als weitere allgemeine Voraussetzung das Erfordernis auf, daß ein solcher Mangel die Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauches an den Mieter ganz oder zum Teil verhindert, oder daß mit anderen Worten die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche durch einen solchen Fehler aufgehoben oder gemindert wird. Oertmann[1]) erblickt eine Minderung in der Gebrauchstauglichkeit auch darin, daß der Mangel nur die Notwendigkeit einer sofortigen Reparatur hervorruft, die erst ihrerseits störend auf die Benutzung der Sache einwirkt, und spricht dies sogar für den Fall aus — was m. E. zu weitgehend ist —, daß der Mieter selber die Reparatur verlangt und insoweit die Gebrauchshinderung unmittelbar herbeigeführt hat.

Da nicht eine Beeinträchtigung des vertragsmäßigen Gebrauches gefordert wird, sondern es allein auf die Schmälerung der Tauglichkeit ankommt, so ist es ohne Belang, daß der Mieter die Sache doch nicht gebraucht haben würde, selbst wenn sie tauglich gewesen wäre.[2])

2. Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften.

a) Begriff und juristische Natur der Zusicherung.

Mitumfaßt von dem Begriffe „Mangel“ wird, wie oben bereits näher ausgeführt, auch das „Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften“. Auch dieses Kriterium ist somit vom Gesetzgeber zu einer Voraussetzung für die Mängelhaftung des Vermieters erhoben worden. Betrachten wir zunächst den Begriff und die rechtliche Natur der Zusicherung, die beide in der Literatur und Rechtsprechung sehr bestritten sind.

Streitig ist zunächst die Frage, ob allgemeinen Angaben und Anpreisungen des Vermieters die Bedeutung von Zusicherungen im Sinne des § 537 Abs. 2 zukommt. Die Aufrechterhaltung dieser Unterscheidung zwischen bloßen Angaben einerseits und ernstgemeinten Zusicherungen andererseits, deren Ursprung bereits im römischen Rechte[3]) zu suchen ist, wird von Crome[4]) für das neuere Recht bestritten, von anderen[5]) aber nachdrücklich

[1]) Oertmann Bd. 2 Bem. 2b zu § 537.

[2]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 S. 3; Mittelstein S. 158.

[3]) Kipp-Windscheid, Pand. Bd. 2 § 393, 2; ferner Dernburg, Pand. Bd. 2 § 100a.

[4]) Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte § 40 S. 288.

[5]) Oertmann Bd. 2 Bem. 5a zu § 459 S. 423; Leistikow S. 7; s. auch Crome im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 140, der de lege ferenda der von Oertmann vertretenen Ansicht ist.

verteidigt mit Rücksicht auf die Verkehrsbedürfnisse und als der Natur der Sache und besonders dem Wortlaute des Gesetzes entsprechend, der ausdrücklich nur von „zugesicherten“ Eigenschaften rede.

Jedenfalls können, wie allgemein hervorgehoben wird,[1]) nicht schon eine im Laufe der Verhandlungen gefallene Äußerung des Vermieters oder seine allgemeinen und als solche dem Mieter erkennbaren Anpreisungen der Sache und ihrer Qualität, wie solche im Verkehre üblich sind, als Zusicherungen gelten. Vielmehr muß die vom Vermieter betätigte Darlegung einer besonderen Eigenschaft der Mietsache ernstlich gemeint gewesen und auch vom Mieter als bindendes Versprechen aufgefaßt worden sein. Wie wesentlich verschieden in ihren Wirkungen dieses besondere in rechtsverbindlicher Absicht abgegebene Gewährleistungsversprechen im Vergleiche zu gelegentlich des Vertragsabschlusses ausgesprochenen Erklärungen des Vermieters ist, liegt auf der Hand. Kann doch aus letzteren weder auf Erfüllung geklagt werden, noch tritt eine Mängelhaftung des Vermieters beim Nichtvorhandensein der angepriesenen Eigenschaften ein.[2])

Im Gegensatz hierzu charakterisiert sich die vom Vermieter ernstlich gemeinte Zusicherung als ein Garantieversprechen und begründet als solches, wie wir noch sehen werden, eine strenge Haftung des Vermieters. Da also in der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft die Übernahme der Garantie für deren Vorhandensein und das Versprechen zu erblicken ist, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaften einstehen zu wollen,[3]) ist meines Erachtens eine Unterscheidung zwischen Zusicherung und Garantieübernahme, zwischen Eigenschaften, die der Vermieter bloß zugesichert hat, und solchen, für deren Vorhandensein er eine vertragsmäßige Garantiehaftung besonders eingegangen ist, juristisch nicht begründet.

Auch darin, daß beide Teile die Eigenschaften, welche die Sache gegenwärtig haben oder künftig erlangen soll, kennen und sich von der Absicht leiten lassen, einen dementsprechenden

---

[1]) Planck Bd. 2 Bem. 2a zu § 459; Goldmann-Lilienthal S. 493; Niendorff S. 80; Kuhlenbeck Bem. 6 zu § 459; Oertmann Bem. 5a zu § 459 S. 423; Mot. Bd. 2 S. 225; Dernburg Bd. 2, 2 § 184 III S. 62.

[2]) Die Unrichtigkeit derartiger Anpreisungen kann aber eine Haftung wegen unerlaubter Handlungen (§§ 823 ff.) begründen (s. Planck Bem. 2a zu § 459) oder Bedeutung gewinnen im Rahmen des Reichsgesetes vom 7. 6. 1909 als unlauterer Wettbewerb; s. Endemann Bd 1 § 161 Nr. 5 und Kuhlenbeck Bem. 6 zu § 459.

[3]) Mot. Bd. 2 S. 228; Borcherdt S. 41.

Mietvertrag abzuschließen, kann m. E. noch nicht die hier erforderliche Zusicherung erblickt werden.[1]) Wir sind somit bei der Streitfrage angelangt, welches die juristische Natur der Zusicherung ist.

Nach der einen Theorie,[2]) welche die Zusicherung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ansieht, ist das Hauptgewicht auf den Verpflichtungswillen zu legen, eine rechtsverbindliche Erklärung abzugeben, die einer Gegenäußerung des Mieters nicht bedürfe.

Die herrschende Ansicht dagegen,[3]) der wir uns in dieser Frage anschließen, erfordert zur Wirksamkeit der Zusicherung einen Vertrag. Der Standpunkt dieser Auffassung, die besonders vom Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen vertreten wird,[4]) ist dahin präzisiert, daß die Zusicherung vom Mieter als vertragsmäßige gefordert und vom Vermieter in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben werden muß. Beide Parteien müssen sich also bei Abschluß des Vertrages bewußt gewesen sein, daß das Versprechen einer bestimmten Eigenschaft und das Einstehen für dieses Versprechen einen Teil der vertragsmäßigen Leistung des Vermieters bilden soll. Die in Frage stehenden „Zusicherungen" müssen demnach Vertragsbestandteile sein, sonst sind sie unter dem Gesichtspunkte „zugesicherte Eigenschaften" nicht beachtlich.

Hierüber hinausgehend stellt Staub[5]) das Erfordernis auf, daß die Zusicherung der Eigenschaft für den Abschluß des Mietvertrages bestimmend sein muß. Wäre sie nicht bestimmend gewesen, so fehle es am ursächlichen Zusammenhange, und von einer Gewährleistung könne dann keine Rede sein. Diese Annahme Staubs geht m. E. zu weit, wenn auch zugegeben ist, daß die Zusicherung in vielen Fällen bei dem Abschluß des Mietvertrages eine wichtige Rolle spielen wird. Im übrigen

---

[1]) Staub, Komm. z. HGB. § 377 Anm. 41 S. 1616; s. JurW. 1905 S. 530, 1902 Beil. 8 Anm. 18.

[2]) Dernburg Bd. 2, 2 § 184 III S. 62; neuerdings auch Oertmann in 3. u. 4. Aufl. Bem. 5a zu § 459 S. 424, der seinen vermittelnden Standpunkt der 2. Aufl. verlassen hat; Leistikow S. 8/9.

[3]) Staudinger Bem. IV, 1a zu § 459 S. 619; Crome § 221 Nr. 16 S. 457; Endemann Bd. 1 § 161, 2b[23] S. 990; Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 309; Niendorff S. 80; Planck Bd. 2 Bem. 2a zu § 459 S. 363; Staub § 377 Anm. 41b S. 1616; wohl auch Cosack Bd. 1 § 128 I, 1 S. 532.

[4]) Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 343; RGE. Bd. 54 S. 223, Bd. 53 S. 200; RG. in JurW. 1903 Beil. S. 43, 124; s. Schneider im Recht 1903 S. 522; RG. in Seufferts Arch. Bd. 60 Nr. 41; dagegen insbesondere Oertmann, der neuerdings die Vertragsnatur der Zusicherung in Abrede stellt.

[5]) Staub, HGB. § 377 Anm. 41b S. 1616; ähnlich äußert Staudinger Bem. IV, 2a zu § 459, daß der Vertrag gerade auf die Zusicherung des Vermieters hin und um der fraglichen Eigenschaft willen abgeschlossen werde.

wird sich die rechtliche Tragweite der Zusicherung für den Einzelfall aus dem speziellen Inhalte derselben ergeben.

Eine Konsequenz aus der Vertragsnatur der Zusicherung ist die, daß das Fehlen der bloß vorausgesetzten, jedoch vertraglich nicht zugesicherten Höhe einer Sache oder eines Geschäftsbetriebes grundsätzlich kein Mangel im Sinne des § 537 Abs. 2 sein kann.[1])

Von dem Standpunkte der Vertragsnatur der Zusicherung ist ferner die Frage zu beantworten, ob der Vermieter, der seine Wohnung in der Zeitung ausschreibt, verpflichtet ist, die in dem Zeitungsinserat angegebenen Eigenschaften der Wohnung dem Mieter zu gewähren. Borcherdt[2]) bejaht diese Frage unbedingt. Da aber eine Annonce keine Offerte zum Abschluß eines Mietvertrages ist, sondern eine für den Vermieter ganz unverbindliche Aufforderung zur Offerte, so können m. E. die in ihr angegebenen Eigenschaften der Wohnung als zugesichert im Sinne des Gesetzes nur dann gelten, wenn dem Abschluß des Mietvertrages das Inserat zugrunde gelegt wird. Kommt der Vertrag aber infolge der Abmachungen zwischen Vermieter und Mieter zustande, ohne daß eine Partei auf die Annoncen zurückgreift, so ist diese als erledigt zu betrachten, da sie nicht zum Bestandteile des Vertrages erhoben worden ist.

Völlig aus dem Rahmen des Gewährleistungsrechtes herausfallen würde endlich eine Abrede des Inhaltes, daß die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft als das Versprechen aufzufassen ist, diese Eigenschaft erst noch herzustellen. In diesem Falle würde nämlich nicht ein Vertragsbestandteil, sondern ein Nebenvertrag in Frage stehen, aus dem auf Leistung, wenn diese möglich, und bei schuldhaft unterlassener Leistung auf das Interesse der Nichterfüllung geklagt werden kann.[3])

Streit herrscht schließlich hinsichtlich der Frage, ob die Zusicherungserklärung ausdrücklich zu geschehen hat oder auch durch konkludente Handlungen, also stillschweigend erfolgen kann.

Kober[4]) sieht sich genötigt, aus der Vertragsnatur der Zusicherung die Folgerung zu ziehen, daß stillschweigend eine derartige Zusicherung nicht begründet werden könne, eine An-

---

[1]) RGE. v. 15. 11. 1907 im Recht 1908 Nr. 2.

[2]) Borcherdt S. 41; and. A. Strauß S. 54 f.

[3]) Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 310; Mot. 2, 1 S. 226; Planck Bd. 2 Bem. 2 zu § 460; Staudinger Bd. 2 Bem. IV, 5a zu § 459.

[4]) Kober bei Staudinger Bd. 2, 1 Bem. IV, 1a zu § 459 und Bem. II, 2bβ zu § 537 S. 803, wohl aber brauche die Annahme der Zusicherung vom Mieter nicht ausdrücklich erklärt zu werden.

nahme, die auch in der Literatur und Rechtsprechung ihre Vertretung findet;[1]) m. E. ist jedoch nicht einzusehen, warum sich gerade daraus, daß die Zusicherung Vertragsbestandteil sein muß, mit logischer Notwendigkeit die Folgerung ergeben soll, daß die Erklärung immer ausdrücklich sein muß, vielmehr wird hier ebensowenig, wie regelmäßig bei Willenserklärungen überhaupt, Ausdrücklichkeit erforderlich sein. Sehr wohl kann nämlich in dem Verhalten der Parteien und den näheren Umständen, denen der Mietvertrag seinen Abschluß verdankt, eine stillschweigende Garantieübernahme erblickt werden, auch wenn der Vermieter sie nicht, „expressis verbis" erklärt, sondern wenn sie nur von den beiden Kontrahenten zum Vertragsinhalt gemacht wird.[2])

b) Eigenschaften der Sache.

Die Eigenschaften, die hier in Frage stehen, beziehen sich nicht nur auf den körperlichen Zustand der Mietsache, bilden vielmehr alles, was zur Beschaffenheit derselben gehört. Denn daß die Zusicherung im Sinne des Abs. 2 einen auf physische Eigenschaften der Mietsache zwingend beschränkenden Charakter habe, entbehrt jeglicher Begründung. Vielmehr sind hierher auch solche tatsächliche und rechtliche Verhältnisse zu rechnen, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und der vorausgesetzten Dauer nach den allgemeinen Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen, z. B. Zusicherung absoluter Trockenheit und Ruhe.[3])

Sowohl die körperlichen Eigenschaften wie die nicht physischen Verhältnisse brauchen m. E. nicht notwendig der Gegenwart oder der Vergangenheit anzugehören, sondern können auch auf die Zukunft gestellt sein.[4]) Voraussetzung ist natürlich

[1]) Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag S. 61; ferner RGE. in DJZ. 1903 S. 31 und OLG. Stuttgart in DJZ. 1904 S. 512.

[2]) Ders. A. Planck Bd. 2 Bem. 3a zu § 459; Oertmann Bd. 2 Bem. 5a zu § 459; Schloßmann, Irrtum über wesentliche Eigenschaften S. 12; Leistikow S. 9.

[3]) Diese Ausdehnung ist jetzt von der ganzen Literatur, soviel wir sehen, anerkannt worden, s. Mittelstein S. 157; Oertmann Bd. 2 Bem. 5bα zu § 459 S. 424; Planck Bd. 2 Bem. 2a zu § 459 S. 363; REG. Bd. 52 S. 2; Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 104, Bd. 49 S. 630; Crome im Recht 1902 S. 333, 1908 Nr. 3119; Dernburg Bd. 2, 2 § 184 III S. 63; Staudinger Bd. 2, 1 Bem. IV, 4 zu § 459; Endemann Bd. 1 S. 996 Anm. 23.

[4]) Staudinger Bem. IV. 1 b zu § 459; Kipp-Windscheid S. 728, 2c. Die Zusicherung wird im Zweifel nicht nur dahin verstanden, daß die Sache jetzt die zugesicherten Eigenschaften habe, sondern auch dahin, daß sie dieselben behalten werde.

immer, daß diese Verhältnisse zum Gegenstande des Vertrages gemacht werden und andererseits nicht ganz außerhalb der Mietsache liegen,[1]) sondern zu dieser in enger Beziehung stehen.

Indes wird von der herrschenden Ansicht[2]) — wenigstens zu § 459 Abs. 2 beim Kaufe — lebhaft bestritten, daß solche nicht physischen Verhältnisse sowohl tatsächlicher wie rechtlicher Natur für die Zukunft in Aussicht gestellt werden könnten, da sie nicht mehr unter die Zusicherung des Gesetzes fielen, sondern unter dem Gesichtspunkte des Garantievertrages zu betrachten seien. Da jedoch, wie oben ausgeführt, die Zusicherung im Sinne des § 537 Abs. 2 als qualifizierte, d. h. als Garantieversprechen aufzufassen ist, so können m. E. auch solche künftige nicht physische Verhältnisse bei der Miete unter die zugesicherten Eigenschaften im Sinne des Gesetzes subsumiert werden und passen auch in den Rahmen der dem Vermieter obliegenden Gewährleistungspflicht durchaus hinein.

Beizustimmen ist Oertmann[3]) in der Annahme, daß theoretisch die Zusicherung von Eigenschaften ganz allgemeinen Inhaltes, wie die Zusicherung, daß das zu einer Übung gemietete Pferd gesund sei, möglich ist. In der Regel werden aber den Gegenstand der Zusicherung nur ganz bestimmte Eigenschaften der Sache bilden, welche ihr oft eine über das gewöhnliche Maß hinausreichende Besonderheit verleihen, die diese Sache von ähnlichen unterscheidet. Jedenfalls sind Urteile des Vermieters, die sich als solche darstellen, nicht hierher zu zählen, sondern nur die Behauptung einer faktischen oder rechtlichen Tatsache von längerer Dauer kann als zugesicherte Eigenschaft im Sinne des Gesetzes angesehen werden.[4]) Jedoch können auch solche Verhältnisse als Eigenschaften erscheinen, die rein oder doch vornehmlich einen wirtschaftlichen Charakter haben, wenn sie nur für eine gewisse Zeitdauer mit der Mietsache verknüpft sind,[5]) z. B. die Mieterträgnisse eines untervermieteten Hauses.

Entgegen Goldmann-Lilienthal[6]) ist ferner anzu-

---

[1]) Insoweit übereinstimmend mit der herrschenden Ansicht.

[2]) Schröder S. 81; Staudinger Bem. IV, 1b zu § 459; jetzt auch Oertmann Bd. 2 in 3/4. Aufl. Bem. 5bα zu § 459; RGE. im Recht 1909 Nr. 652; Seufferts Arch. Bd. 52 Nr. 5; JurW. 1903 S. 549; RGE. in Gruchots Beitr. Bd. 51 S. 935 u. 942; Recht 1908 Nr. 45.

[3]) Oertmann Bd. 2 Bem. 5a zu § 459; RGE. Bd. 53 S. 8. Zusicherungen allgemeinen Inhaltes lassen nicht zu Staub § 377 Anm. 41b S. 1616; Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 309; Crome Bd. 2 S. 457 Bem. 1b zu § 21.

[4]) JurW. 1899 S. 506; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 228 f.

[5]) Oertmann Bd. 2 Bem. 5a zu § 459; RGE. Bd. 58 S. 8.

[6]) Goldmann-Lilienthal § 134 Bd. 2. 1 S. 493 und die dort unter Anm. 3 angegebene Literatur.

nehmen, daß auch die Abwesenheit bestimmter Mängel — und zwar auch von Fehlern im Sinne des Abs. 1 § 537 — zugesichert werden kann. Denn in der Übernahme der Garantie für das Nichtvorhandensein einzelner Mängel kann auf der anderen Seite die Zusage einer gewissen Beschaffenheit, ja mitunter bestimmter Eigenschaften erblickt werden.[1]) Hierdurch wird die Haftung des Vermieters bezüglich dieser Mängel zu einer über das gewöhnliche Maß hinausreichenden schärferen Garantiehaftung erhoben, die auch in einem Falle praktisch von Belang ist. Sind nämlich dem Mieter Mängel im Sinne des Abs. 1 infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so würde er regelmäßig auf Grund des § 539 Abs. 2 seine Mängelrechte verlieren, da kraft dieser gesetzlichen Bestimmung die Haftung des Vermieters erlischt. Indes bleibt ihm nunmehr auf Grund der besonderen Zusicherung des Nichtvorhandenseins der Fehler die Gewährleistungspflicht des Vermieters erhalten. Schon die Verbindung des § 539 Satz 2 mit dem § 460, in welchem das Gesetz selbst die Zusicherung der Abwesenheit von Tauglichkeitsfehlern zur Voraussetzung für die Mängelhaftung erhebt, liefert den besten Beweis für die Hinfälligkeit der gegnerischen Annahme.

Bei der im Gesetze ausgesprochenen Gleichstellung des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft mit den Tauglichkeitsfehlern im Sinne des Abs. 1 entsteht sogleich die Frage, ob das Merkmal „Beeinträchtigung der Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche“ auch für die im Abs. 2 bezeichnete Mängelart von ausschlaggebender Bedeutung ist, ob also infolge des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft immer eine Schmälerung der Gebrauchstauglichkeit gegeben sein muß.

Zwar wird, wie wir soeben erörtert haben, das Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften sich in vielen Fällen mit den Fehlern im Sinne des Abs. 1 begrifflich decken, ferner werden sich aus der Zusicherung bestimmter Eigenschaften häufig erst weitere Schlüsse ziehen lassen, was nach dem Mietzwecke unter dem vertragsmäßigen Gebrauche zu verstehen ist, und man wird unter Umständen folgern können, daß als solcher gerade der durch die zugesicherte Eigenschaft bedingte Gebrauch anzusehen ist.[2]) In diesen Fällen werden also beim Fortfall der zugesicherten Eigenschaften Abs. 1 und 2 nebeneinander

[1]) Planck Bd. 2 Bem. 2a zu § 459; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 287, BGB. Bd. 2 § 221, 1e S. 457; Oertmann Bem. 5bα zu § 459; Staub § 377 Anm. 32 S. 1616; Staudinger Bem. IV, 9 zu § 459; Dernburg Bd. 2, 2 § 184, Bd. 3 S. 63; Endemann Bd. 1 § 161, 2b S. 990.

[2]) Planck Bd. 2 Bem. 4 zu § 537 S. 542; Fuld S. 66; Tumpowsky S. 12.

als zutreffend erscheinen. Eine notwendige Voraussetzung ist aber die Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit infolge des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft für die Mängelhaftung des Vermieters keineswegs. Denn wenn eine solche Schmälerung durch das Fehlen einer Sacheigenschaft vorliegt, sind ja bereits die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllt, so daß aus dieser Erwägung in den eben herangezogenen Fällen die Normierung des Abs. 2 überflüssig gewesen ist. Daher muß m. E. die Vorschrift des Abs. 2 auch noch Fälle umfassen, die außerhalb des Geltungsbereiches des Abs. 1 liegen. Mit dieser Auffassung steht auch der Wortlaut des Gesetzes: „das gleiche gilt" nicht in Widerspruch. Denn diese Gleichstellung der beiden gesetzlichen Vorschriften erstreckt sich hier zwar auch auf die in Abs. 1 aufgestellte Voraussetzung der Haftung: „Fehler, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche aufhebt oder mindert", ist vor allem aber auf dieselbe rechtliche Wirkung zu beziehen, die bei dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft in gleicher Weise eintritt wie bei einem Tauchlichkeitsfehler. Diese ausdehnende Interpretation findet ihren Stützpunkt in den Motiven,[1]) nach denen die besondere Regelung in Abs. 2 erfolgt ist, um klarzustellen, daß der Vermieter für das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft selbst dann einzustehen hat, wenn es auch den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache in keiner Weise beeinträchtigt. Infolgedessen wird man das eigentliche Anwendungsgebiet der hier in Frage stehenden Mängelart dort zu suchen haben, wo durch den Wegfall einer zugesicherten Eigenschaft die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche gar nicht berührt wird.[2]) Beim Mieten eines noch gut tapezierten Zimmers sichert z. B. der Vermieter dem Mieter das Bekleiden der Wände mit einer überaus feinen Tapete zu. Hier würde auch, falls das Tapezieren unterblieben wäre, die Gebrauchstauglichkeit des Zimmers zum Wohnen nicht in Frage gestellt sein, dennoch aber eine Gewährleistung des Vermieters aus Abs. 2 des § 537 resultieren.

Als zugesicherte Eigenschaft im obigen Sinne soll bei der Vermietung eines Grundstückes stets auch die Zusicherung einer bestimmten Größe gelten. Hier ist also im Gesetz, soweit es

---

[1]) Mot. Bd. 2 S. 374.

[2]) s. die Beispiele bei Fränkel S. 22; Haidlen, BGB. S. 604; Mot. Bd. 2 S. 374; Arnold S. 54 Anm. 4; Matthiaß § 114 II A 1,2 S. 301; Borcherdt S. 50; Goldmann-Lilienthal § 154 Anm. 4 S. 550; Fischer-Henle Anm. 6 zu § 527; Neumann, BGB. Bem. 3 zu § 537, jedoch alle ohne Begründung.

sich um Grundstücke handelt, ausdrücklich der Quantitätsmangel dem Qualitätsmangel gleichgestellt, eine Vorschrift, die mit der Bestimmung (§ 468) beim Kaufe korrespondiert. Nach den Motiven[1]) ist diese selbständige Regelung im Gesetze erfolgt, um Zweifeln vorzubeugen, wie im Einzelfalle die Angabe des Flächengehalts rechtlich aufzufassen sei und ob, wenn der bestimmte Flächengehalt als zugesichert erscheint, hierin die Zusicherung einer Eigenschaft liege. M. E. hätte es dieser Gleichstellung wenigstens bei der Miete nicht bedurft. Denn daß die Größe einer Sache begrifflich eine Eigenschaft derselben bildet, was von den Motiven, wenn auch in negativer Formulierung, für bewegliche Sachen anerkannt wird, ist wohl anzunehmen. Folglich muß, wenn nun die Zusicherung bestimmter Größe tatsächlich erfolgt ist, das Fehlen dieser Größe einen Mangel der im Abs. 2 des § 537 bezeichneten Art darstellen, und demgemäß finden die Vorschriften über Gewährleistung wegen Mängel der Sache schon aus diesem Grunde Anwendung.[2]) Gemäß § 580 gilt diese Bestimmung auch bei der Vermietung von Wohnräumen hinsichtlich der Größe und Anzahl der vermieteten Räume analog.

B. Die besonderen Voraussetzungen der Mängelhaftung.

Von den allgemeinen Voraussetzungen für die Haftung des Vermieters überhaupt sind rein äußerlich zu sondern die bestimmten Merkmale, deren Vorhandensein in den einzelnen Fällen erforderlich ist, um eine Haftung des Vermieters herbeizuführen. Ein begrifflicher Unterschied zwischen diesen beiden Voraussetzungskategorien wird sich allgemein nicht konstruieren lassen, vielmehr werden die hier näher zu erörternden besonderen gesetzlichen Voraussetzungen im Vergleiche zu denen allgemeiner Natur einen teils erweiternden, teils einschränkenden Charakter zeigen, vielfach sogar mit letzteren identisch sein. Oder es wird sich, was insbesondere deutlich in den Fällen des § 538 in die Erscheinung tritt, lediglich um eine anders geartete Beziehung zwischen den allgemeinen Voraussetzungen und dem Träger der Haftung handeln.

1. Die besonderen Voraussetzungen in den Fällen des § 537.

Wenn man von dem Verhältnis der beiden Voraussetzungsarten zueinander ausgehen will, so ist man einigermaßen be-

[1]) Mot. Bd. 2 S. 232ff.; Oertmann Bd. 2 Bem. 1 zu § 468 S. 448.

[2]) Beim Kaufe erscheint diese besondere Regelung durch die Einschränkung in Satz 2 des § 468 gerechtfertigt, wo nämlich der Anspruch auf Wandelung an eine besondere Voraussetzung geknüpft ist.

rechtigt, den § 537 deswegen als den Normalfall der Haftung zu bezeichnen, weil hier keine besonderen Voraussetzungen gesetzlich normiert sind, sondern die allgemeinen als ausreichend erachtet sind, eine Mängelhaftung des Vermieters herbeizuführen.

Es lassen sich nur einige Erörterungen über den maßgebenden Zeitpunkt für das Entstehen oder Vorhandensein der im § 537 bezeichneten Mängel anstellen. Nach dem Wortlaute des Gesetzes ist es vollkommen gleichgültig, ob ein Mangel bereits zur Zeit der Überlassung der Mietsache existiert oder erst im Laufe der Miete hervortritt, sofern er nur die Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche im Laufe der Mietsdauer beeinträchtigt. Hieraus ergibt sich, daß Fehler, die von dem Zeitpunkte des Vertragsschlusses bis zur Überlassung dem Gegenstande anhaften, vor der Gebrauchsgewährung aber vom Vermieter beseitigt wurden, keine Haftung des Vermieters aus § 537 begründen können. Unrichtig ist daher m. E. die Ansicht Mosers und Vogels,[1]) die auch einem solchen vor dem Zeitpunkt der Überlassung vorhandenen Mangel eine derartige Wirkung zuerkennen, wenn er nur die Tauglichkeit schmälere, da die Verpflichtung des Vermieters schon von dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an bestehe.

Die gleiche Erörterung gilt für die vom Vermieter zugesicherten Eigenschaften, bei denen es auch keinen Unterschied macht, ob sie bereits bei der Überlassung der Mietsache fehlen oder erst später fortfallen. Auch auf den Fall muß das Gesetz seinem inneren Wesen nach analog angewandt werden, wenn erst im Laufe der Mietzeit überhaupt die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft vom Vermieter abgegeben wird und diese Eigenschaft sofort oder nachträglich fortfällt.[2])

Selbstverständlich ist es ferner für die Haftung des Vermieters ohne Belang, ob der Mangel sofort entdeckt und erkannt wurde, oder ob er sich erst nach Beendigung des Mietverhältnisses herausstellt. Voraussetzung ist hierbei natürlich, daß seine Wirkung auf die Tauglichkeit der Mietsache, auf welche es hier allein ankommt, bereits während der Mietsdauer eingetreten war.[3]) Haben z. B. in einem Geschäftslokal die an der Wand liegenden Waren des Mieters infolge Feuchtigkeit der Wände Schaden gelitten, was sich erst hinterher herausstellt, so erscheint nach-

[1]) Moser, Diss. S. 20; Vogel S. 44; gegen diese Annahme spricht aber der klare Wortlaut des Gesetzes.

[2]) Staudinger Bd. 2, 1 Bem. II, 2bδ zu § 537.

[3]) s. auch Oertmann Bd. 2 Bem. 3 zu § 537; Tumpowsky S. 14; Mittelstein S. 159, 5.

träglich die Tauglichkeit des Lokales für den Gebrauch während der ganzen Mietsdauer als aufgehoben oder gemindert.

Allgemein wird für die Miete, abgesehen von dem Kündigungsrechte des Mieters, eine Unterscheidung von erheblichen und unerheblichen Fehlern im Gesetze nicht mehr getroffen; der Grund für diese vom Kaufe abweichende Regelung ist nach den Motiven[1]) darin zu erblicken, „daß jeder vom Vermieter zu vertretende Mangel als Mangel einer zugesicherten Eigenschaft zu beurteilen ist, und es infolgedessen inkonsequent wäre, die Haftung des Vermieters wegen unerheblicher Mängel irgendwie zu erleichtern". Bei der Miete würde sich aber auch ein allgemeines Prinzip, daß die Haftung nur auf erhebliche Mängel eingeschränkt werde, im Hinblicke auf die Fälle des Nichtvorhandenseins einer zugesicherten Eigenschaft und ferner auch aus dem Grunde als undurchführbar erweisen, weil dem Mieter auch bei nicht erheblichen Mängeln ein Anspruch auf Erfüllung und somit auch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zusteht. Endlich hat aber auch schon nach der ganzen Struktur des Minderungsrechtes die Tragweite der rechtlichen Wirkungen je nach der Bedeutung der einzelnen Mängel eine geringere oder größere Abstufung erfahren.[2])

Ob ein Verschulden des Vermieters vorliegt oder nicht, ist im Rahmen des § 537 gleichgültig, d. h. das Recht des Mieters tritt auch dann ein, wenn der Vermieter die Aufhebung oder Minderung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache nicht zu vertreten hat, da es sich hier um eine Art gesetzlicher und in den Fällen des Abs. 2 vertragsmäßiger Garantiehaftung handelt. Auch braucht der Vermieter den Mangel der Mietsache überhaupt nicht gekannt zu haben. Trifft den Vermieter ein Verschulden, so trägt dies, wie wir sehen werden, wesentlich zur Verschärfung seiner Haftpflicht bei.

2. Besondere Voraussetzungen in den Fällen des § 538.

Damit eine verschärfte Haftung des Vermieters eintreten kann, müssen drei im Gesetze besonders festgelegte Voraussetzungen gegeben sein, deren einzelne charakteristische Merkmale jetzt erörtert werden sollen.

---

[1]) Mot. Bd. 2 S. 374 f.

[2]) Jedoch ist auch hier zu bemerken, daß unter Umständen die Hervorhebung ganz geringfügiger Mängel gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen kann. Oertmann Bd. 2 Bem. 2c zu § 537; Staudinger Bem. II, 2c zu § 537; Crome Bd. 2 § 236 II Anm. 25 S. 543/44.

a) Ursprüngliche Mängel.

Zu diesen besonderen Voraussetzungen gehört einmal das gesetzliche Erfordernis, daß ein Mangel der in § 537 bezeichneten Art, also sowohl ein Tauglichkeitsfehler wie auch das Nichtvorhandensein einer zugesicherten Eigenschaft, bereits bei dem Abschlusse des Mietvertrages vorhanden ist. Bei der Aufstellung dieses Grundsatzes geht das Gesetz von folgender Erwägung aus:

Jedenfalls muß dem Mieter für den Fall, daß eine von dem Vermieter zugesicherte Eigenschaft bei dem Vertragsabschluß fehlt, ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Vermieters und ohne Prüfung, ob die Beseitigung des Mangels objektiv unmöglich ist oder nicht, ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugestanden werden, weil hier in der Zusicherung eine Garantieübernahme liegt. Da aber ferner nach der Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Fehler einer zugesicherten Eigenschaft jeder vom Vermieter zu vertretende Mangel anzusehen ist, so liegt die Folgerung nahe, daß der Vermieter dem Mieter eine den vertragsmäßigen Gebrauch bedingende Tauglichkeit nicht nur versprochen, sondern auch stillschweigend garantiert hat.

Aus dieser Unterstellung des Gesetzes ist die weitere Konsequenz zu ziehen, daß der Vermieter für eine Gebrauchstauglichkeit der Mietsache im Sinne des § 536 bereits bei dem Abschlusse des Vertrages aufzukommen hat, gleichviel ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht.

Diese auch heute noch von der herrschenden Ansicht[1]) vertretene Auffassung einer stillschweigenden Garantieübernahme beim Abschlusse des Vertrages ist in jüngster Zeit namentlich von Leonhard aufs lebhafteste angegriffen, m. E. aber nicht widerlegt worden. Leonhard[2]) sucht in seiner neuen Schrift nachzuweisen, daß diese ganze Ableitung nichts anderes als eine willkürliche Fiktion sei, und daß eine Haftung des einen Kontrahenten nur aus einem fahrlässigen Verschweigen

---

[1]) Mot. Bd. 2 S. 376ff.; Staudinger Bem. II,1 zu § 538; Neumann Bem. 1a zu § 538; Planck Bd. 2 Bem. 1aα zu § 538 S. 454; Goldmann-Lilienthal § 154 S. 551; Endemann § 168 Nr. 16 S. 1051; Mittelstein S. 174; Crome Bd. 2 § 236 S. 545 Anm. 46; Brückner S. 62 Anm. 1; RGE. Bd. 52 S. 174. And. A. Oertmann Bd. 2 Bem. 1a zu § 538 S. 548 und Borcherdt S. 52, der hier culpa in contrahendo, d. h. schuldbare Verletzung des Garantieversprechens, als gesetzliche Fiktion annimmt.

[2]) Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse 1910 S. 16/17 u. 36; s. auch die S. 36 Anm. 1 angegebene Literatur. Hiergegen wendet sich neuerdings wieder Enneccerus § 331 Anm. 22.

des betreffenden Mangels, also aus einem Verschulden beim Vertragsschlusse resultieren könne. Diese Ansicht kann m. E. nur dann als zutreffend anerkannt werden, wenn wirklich eine „Vertragsschuld", wie Leonhard sie bezeichnet, bei dem Abschlusse des Mietvertrages vorliegt, aber alle diejenigen Fälle nicht treffen, in denen der Mangel dem Vermieter selbst vollständig unbekannt geblieben ist und ihn hierbei gar kein Verschulden trifft.

Denn für den Eintritt der Haftung kommt es m. E. nicht einmal darauf an, ob der Vermieter zur Zeit des Vertragsabschlusses den Mangel kannte oder kennen mußte, ja ob er für den Vermieter oder überhaupt jemanden erkennbar war.[1]) Wer daher unbrauchbare Räume zu einer Werkstatt, Restauration, Fabrik vermietet, ist schadensersatzpflichtig, auch wenn er die Unbrauchbarkeit nicht kannte. Ebensowenig ändert der Umstand an der Haftung etwas, daß es nicht möglich war, den Mangel vorher zu beseitigen.[2]) Unerheblich ist es endlich, ob der Sachmangel durch den Vermieter selbst, durch Zufall oder den unberechtigten Eingriff eines Dritten herbeigeführt ist.[3])

Dieser Grundsatz, der eine Voraussetzung für die gesteigerte Haftung des Vermieters bildet, geht also weit über die allgemeinen Grundsätze hinaus, nach denen Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur bei Verschulden des einen Kontrahenten verlangt werden kann.

Nicht immer wird sich einwandfrei feststellen lassen, ob ein Mangel bereits beim Abschlusse des Vertrages vorhanden war. So rechnet Niendorff[4]) den Fall nicht hierher, wo die Mietsache lediglich mit einem Konstruktionsfehler behaftet ist, der erst durch den Hinzutritt eines weiteren Ereignisses die Gebrauchsstauglichkeit aufhebt oder mindert. Dieser Ansicht steht die Praxis[5]) gegenüber; auch muß m. E. ein Konstruktionsfehler, der bei dem Vertragsabschluß vorhanden ist, unter die Mängel im Sinne dieser Vorschrift fallen, da einerseits der Vermieter schlechthin haftet, also auch die Gefahr für geheime

[1]) Ders. A. Dernburg Bd. 2, 2 § 218 V, 1 S. 193; Staudinger Bem. II, 1 zu § 538 S. 806; Mittelstein S. 173; Tumpowsky S. 42. Abweichend Oertmann Bd. 2 Bem. 1 a zu § 538, der den Grund für diese strenge Haftung darin zu sehen glaubt, daß es Pflicht des Vermieters war, seine Sache damals zu kennen oder doch auf ihren Zustand zu untersuchen.

[2]) Cosack Bd 1 § 135 II, 5 b α (Beispiel) S. 557; Mittelstein S. 173.

[3]) Dernburg Bd. 2, 2 § 218 V, 1 Anm. 7 S. 193.

[4]) Niendorff S. 127.

[5]) RG. bei Bolze Bd. 19 Nr. 475; RGE. Bd. 52 Nr. 32 u. 47; RG. in JurW. 1905 S. 47; Mittelstein S. 174.

Mängel trägt;[1]) andererseits die Kausalität zwischen dem Konstruktionsfehler und der Beeinträchtigung des vertragsmäßigen Gebrauches der Mietsache bestehen bleibt, auch wenn ein anderes Ereignis hinzutritt. Jedenfalls ist es unerheblich, daß der Fehler erst später hervorgetreten ist.

Handelt es sich hier um das Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften, so hat die Zusicherung in dem Sinne zu erfolgen, daß die Mietsache die betreffenden Eigenschaften schon zur Zeit der Verhandlungen über den Vertragsabschluß und nicht erst bei ihrer Übernahme oder noch später besitzen müsse.

b) Nachträgliche, vom Vermieter zu vertretende Mängel.

Die beiden anderen besonderen Voraussetzungen, die eine Haftung des Vermieters gemäß § 538 herbeiführen, bestehen darin, daß ein Mangel nach dem Abschlusse des Vertrages infolge eines vom Vermieter zu vertretenden Umstandes entsteht, oder daß der Vermieter mit der Beseitigung eines solchen Mangels in Verzug gerät. In beiden Fällen ist ein Mangel der im § 537 bezeichneten Art, also sowohl ein Tauglichkeitsfehler wie das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft bei Abschluß des Vertrages noch nicht vorhanden, und in beiden Fällen hat das Gesetz die oben erörterte Fiktion einer stillschweigenden Garantieübernahme des Vermieters auf die später liegende Zeit der Miete nicht ausgedehnt.[2])

Denn eine Haftung des Vermieters für nach dem Abschlusse sich zeigende Mängel setzt nur dann und in dem Umfange ein, als sie auf Umständen beruhen, die von dem Vermieter zu vertreten sind. Welche Umstände der Vermieter zu vertreten hat, ergibt sich aus den allgemeinen Vorschriften, insbesondere dem § 276, wonach er, soweit nichts anderes bestimmt ist, für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit haftet. Von einem vorsätzlichen Verschulden des Vermieters wird dann die Rede sein können, wenn er durch eine absichtliche Handlung oder Unterlassung die Interessen des Mieters bewußt schädigt. Nach der sogen. Vorstellungstheorie, der m. E. der Vorzug zu geben ist, liegt nämlich Vorsatz schon dann vor, wenn der Vermieter den durch die Willensbetätigung verursachten oder nicht gehinderten Erfolg vorausgesehen hat. Somit erfordert der Begriff „Vorsatz“ nicht die Absicht oder den Willen des Vermieters, den Mieter zu schädigen, es genügt vielmehr, daß der

[1]) RG. bei Bolze Bd. 14 Nr. 381 u. 387a.
[2]) Staudinger Bd. 2, 1 Bem. II, 2 zu § 538.

schuldige Vermieter zur Zeit der Handlung oder Unterlassung die Folgen als notwendig und unausbleiblich voraussah, welche ein Mangel der vermieteten Sache nach sich ziehen würde.[1])

Der Begriff Fahrlässigkeit ist im Gesetze als das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt festgelegt. Fahrlässigkeit liegt demnach vor, wenn der Vermieter die gebotene Sorgfalt nicht beobachtet hat, zugleich aber in der Lage war, den Erfolg seiner Handlungsweise vorherzusehen. Um einen vom Vermieter zu vertretenden Umstand handelt es sich z. B., wenn er die den Unbilden des Wetters ausgesetzten Teile des Hauses, wie das Dach, nicht in angemessenen Zwischenräumen auf Haltbarkeit und Dichtigkeit untersuchen läßt und auf diese Weise die Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigende Mängel entstehen.[2])

Ferner hat der Vermieter gemäß § 278 ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Es muß sich demgemäß um eine Erfüllungshandlung eines vom Vermieter hiermit betrauten Angestellten, z. B. des Hauswarts, handeln. Selbstverständlich besteht diese Haftung des Vermieters für sein oder seines Vertreters Verschulden nur dem Mieter, nicht dessen Familienangehörigen gegenüber; denn nur mit dem Mieter hat er den Mietvertrag abgeschlossen. Ist der Gegenstand der Miete nur der Gattung nach bestimmt,[3]) so hat der Vermieter, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung des vermieteten Gegenstandes auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.

Eine Haftpflicht des Vermieters kann dagegen nicht eintreten in den Fällen, in welchen der kausale Umstand für einen die Gebrauchstauglichkeit schmälernden Mangel vom Vermieter nicht zu vertreten ist, sondern die Sachmängel nach dem Vertragsabschluß durch unberechtigte Eingriffe Dritter oder durch Naturereignisse, Blitz, Überschwemmung usw., verursacht worden sind. Hier kann nur eine Haftung des Vermieters aus § 537 in Betracht kommen, die an ein Verschulden seinerseits nicht geknüpft ist.

---

[1]) Ebenso Goldmann-Lilienthal Bd. 1 § 112 Anm. 2 u. 6; Dernburg Bd. 2,2 § 63 II; Cosack Bd. 1 § 71 II, 1a S. 300, während Mot. Bd. 1 S. 280, Enneccerus § 196 I, 1 S. 489, Matthiaß Bd. 1 § 61 II, B 1 S. 143 u. a. m. als Voraussetzung des Vorsatzes Wollen des Erfolges verlangen.

[2]) JurW. 1907 S. 99 Anm. 10.

[3]) Wobei Mittelstein S. 169 anscheinend den Begriff „vertretbare Sache“ mit dem der Gattungssache identifiziert.

c) Verzug in der Beseitigung eines Mangels.

Die dritte Voraussetzung endlich, welche das Gesetz für eine Haftung des Vermieters aus § 538 aufstellt, bildet der schon soeben gestreifte Fall, daß der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug geraten ist.

Was hier zunächst die Terminologie des Gesetzes anlangt, so ist von Planck[1]) mit Recht gegen Tumpowsky[2]) geltend gemacht worden, daß das Gesetz auch in diesem Falle der „Beseitigung eines Mangels" nur Sachmängel im Sinne des § 537, also sowohl die Abstellung eines Tauglichkeitsfehlers wie die Beschaffung einer zugesicherten Eigenschaft gemeint haben kann. Demgemäß ist der Annahme zu widersprechen, es handle sich hier nach der Fassung des Gesetzes auch um unberechtigte Eingriffe Dritter und außerhalb der Sache liegende Mängel. Auf diese Fälle finden m. E. die allgemeinen Grundsätze Anwendung. Vielmehr ist der Umfang der hier in Frage stehenden Sachmängel noch in zweifacher Hinsicht einer Einschränkung zu unterwerfen.

Denn diese besondere gesetzliche Voraussetzung für die Haftung des Vermieters wird sich in erster Linie nur auf Mängel erstrecken, die nach dem Abschluß des Mitvertrages ohne ein Verschulden des Vermieters entstanden sind, da alle vom Vermieter zu vertretende Mängel bereits in den Rahmen der zweiten besonderen Voraussetzung fallen. Ein für die Entstehung des Mangels kausales Verschulden kommt also hier nicht in Frage. Ferner kann es sich nach dem Wortlaute des Gesetzes nur um solche Sachmängel handeln, deren Beseitigung objektiv, d. h. wenn auch nicht dem Vermieter persönlich, so doch Dritten möglich war, während unabstellbare Mängel bei diesem gesetzlichen Erfordernis deshalb nicht in Betracht zu ziehen sind,[3]) da er mit deren Beseitigung nicht in Verzug kommen kann.

Dies wird also den eigentlichen Geltungsbereich der Mängel dieser besonderen Kategorie ausmachen. Selbstverständlich bleibt

---

[1]) Planck Bd. 2 Bem. 1 aγ zu § 538; ebenso Mittelstein S. 172 Anm. 16.

[2]) Tumpowsky (S. 45ff.) kommt zu dieser Auffassung, weil das Gesetz bei der ersten Voraussetzung des § 538 von einem „Mangel der in § 537 bezeichneten Art" spricht, im zweiten Falle von einem solchen Mangel, hier dagegen nur sagt „Beseitigung eines Mangels". Dagegen ist einzuwenden, daß es m. E. im letzteren Falle einer präziseren Ausdrucksweise nicht bedurft hat, da nach dem vorangegangenen Wortlaute des Gesetzes ein Zweifel kaum auftauchen konnte.

[3]) Planck Bd. 2 Bem. 1 aγ zu § 538 S. 454; Kipp-Windscheid S. 729; jetzt auch in 3./4. Aufl. Oertmann Bd. 2 Bem. 1c zu § 538.

es dem Mieter unbenommen, den Vermieter auch dann in Verzug zu setzen, wenn der Mangel bereits beim Vertragsabschluß vorhanden war oder seine spätere Entstehung auf einem vom Vermieter zu vertretenden Umstande beruhte, wenn also zunächst eine der übrigen beiden Voraussetzungen des § 538 vorliegt.

Damit der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug gerät, müssen wieder die Voraussetzungen der §§ 284 f. gegeben sein, d. h. der Vermieter muß auf eine Mahnung des Mieters hin, die nach dem Eintritte der Fälligkeit erfolgt, nicht leisten. Drei Merkmale müssen demnach erfüllt sein.

Zunächst Fälligkeit der Verpflichtung des Vermieters, den Mangel zu beseitigen. Dieses Erfordernis wird, da der Mieter die Beseitigung als Erfüllung des Vertrages jederzeit fordern kann, die Mängelbeseitigungspflicht also lediglich eine Modifikation der Leistungspflicht ist, regelmäßig mit dem Vorhandensein eines Mangels gegeben sein.

Erforderlich ist ferner Mahnung seitens des Mieters nach Eintritt der Fälligkeit. Diese Mahnung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, welche die unzweideutig ersichtliche Aufforderung des Mieters an den Vermieter enthalten muß, die Beseitigung des eingetretenen Mangels zu bewirken. Ob daher schon eine bloße Anzeige des Mangels nach Maßgabe des § 545 als genügend erscheint, mag zweifelhaft sein, ist aber nach Lage des einzelnen Falles unter Berücksichtigung aller Umstände zu beurteilen. Jedenfalls bedarf diese Aufforderung des Mieters nicht einer bestimmten Form,[1]) braucht auch nicht als Mahnung bezeichnet zu sein, wenn sie nur das ausdrückliche oder stillschweigende Verlangen nach sofortiger Beseitigung zum Inhalte hat.

Infolgedessen ist auch der Ansicht Kobers,[2]) der Mieter müsse zur Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist auffordern, nicht beizutreten. Denn m. E. bedarf es gar keiner Fristsetzung mehr, sondern die Beseitigung muß sofort erfolgen bezw. begonnen werden, nachdem gemahnt ist. Erfordert allerdings die Beseitigung ihrer Natur nach eine gewisse Zeit, so entscheidet sich erst nach dem Ablaufe dieser Zeit, ob der Verzug eingetreten ist, jedoch auch hier mit der Maßgabe, daß der Vermieter bereits mit dem Zeitpunkte der Mahnung als in Verzug geraten gilt.[3])

[1]) Oertmann Bd. 2 Bem. 2c zu § 284 S. 132 f.; Crome Bd. 2 § 161 Bem. 3a S. 137; Planck Bd. 2 Bem. 4a zu § 284.

[2]) Kober bei Staudinger Bd. 2, 1 Bem. II, 3a § 538.

[3]) Crome Bd. 2 § 161. 3a S. 137; Planck Bd. 2 Bem. 7a zu § 284 S. 94.

Endlich ist im Gesetz[1]) das Erfordernis für den Verzug aufgestellt, daß die Leistung, hier die Beseitigung des Mangels, unterbleibt infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat. In diesem letzten Falle haftet der Vermieter also für Sachmängel, ohne Rücksicht darauf, ob er den Umstand, auf dem dieser Mangel beruht, zu vertreten hat oder nicht, z. B. unberechtigte Eingriffe Dritter oder gar Zufall, sobald er nur mit der Beseitigung des Mangels in Verzug gerät. Nur bezüglich dieser Nichtbeseitigung kann der Vermieter sich exkulpieren, d. h. auf einen Umstand berufen, den er nicht zu vertreten habe und infolgedessen die Beseitigung unterblieben sei, was er darzutun hat.

Macht z. B. die Beseitigung eines Mangels infolge eines zufällig eingetretenen Hindernisses die größten Schwierigkeiten, die im Vergleiche zu der Gegenleistung des Mieters in keinem Verhältnisse stehen, oder ergibt sich aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles, daß dem Vermieter nach Treu und Glauben die Beseitigung des Mangels nicht zugemutet werden kann, so wird man annehmen müssen, daß die Beseitigungspflicht in entsprechendem Maße entfällt.

3. Besondere Voraussetzungen in den Fällen des § 542.

Die besonderen gesetzlichen Voraussetzungen, die in § 542 für das Kündigungsrecht des Mieters normiert sind, ergeben sich aus dem Wortlaute des Gesetzes: „Wird dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen, so kann der Mieter ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen".

Aus dieser Fassung des Paragraphen ist zu entnehmen, daß abweichend von anderen neueren Gesetzgebungen das Bürgerliche Gesetzbuch darauf verzichtet hat, die einzelnen speziellen Fälle oder ganze Kategorien von Fällen kasuistisch zu regeln, in denen dem Mieter ein über die allgemeinen Grundsätze weit hinausreichendes Kündigungsrecht eingeräumt wird. Vielmehr hat sich der Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitsgründen und dem wirtschaftlichen Charakter der Miete entsprechend auf die Aufstellung eines allgemeinen Prinzipes für alle in Betracht kommenden Fälle beschränkt.[2])

---

[1]) s. § 284 in Verb. mit § 285 BGB.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 419; Planck Bd. 2 Bem. 1a zu § 542; Oertmann Bd. 2 Bem. 1 zu § 542; Borcherdt S. 47; Brückner S. 65; Staudinger

a) Vorenthaltung oder Wiederentziehung des vertragsmäßigen Gebrauches.

Für die Geltendmachung des Kündigungsrechtes ist es vollkommen gleichgültig, welche Ursachen der Nichtgewährung oder Wiederentziehung des vertragsmäßigen Gebrauches zugrunde liegen, wenn nur die unten zu erörternden anderen Voraussetzungen gegeben sind. In den Rahmen des § 542 gehören somit Fälle, in denen die Mietsache z. B. geändert oder in anderer Weise der Mietgebrauch durch den Mieter oder einen Dritten gehindert oder geschmälert wird, Fälle, in denen der Gebrauch der Sache ganz oder teilweise durch das Recht eines Dritten zu der im Vertrage bestimmten Zeit nicht gewährt oder später wieder entzogen wird, oder in denen die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache durch Sachmängel aufgehoben oder gemindert wird.[1])

Aber nur, insoweit die Nichtgewährung oder Wiederentziehung des vertragsmäßigen Gebrauches auf einen Sachmangel zurückzuführen ist, gehört § 542 in den Bereich dieser Darstellung. Selbstverständlich kann auch das Nichtvorhandensein einer zugesicherten Eigenschaft hierunter fallen.

M. E. muß jedoch hier für das Fehlen einer solchen Eigenschaft eine wichtige Einschränkung gemacht werden. Der 1. Entwurf[2]) erwähnte als Kündigungsgrund besonders den Umstand, daß sich das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft herausstellt. Nach Planck und Kober[3]) führt sachlich in dieser Beziehung die jetzige Fassung zu demselben Ergebnis, da der durch eine zugesicherte Eigenschaft bedingte Gebrauch als der vertragsmäßige anzusehen und dieser infolgedessen ganz oder teilweise nicht gewährt sei, wenn die zugesicherte Eigenschaft fehle. Diese Folgerung wird in allen denjenigen Fällen unbestritten zuzugeben sein, in denen das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft auch einen Mangel nach Abs. 1 des § 537 darstellt, denn dann wird auch immer eine Schmälerung des vertragsmäßigen Gebrauches der Mietsache vorliegen. In allen den Fällen aber, in denen das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft eine selbständige Bedeutung erlangt in dem Sinne, daß es die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche überhaupt

Bem. II A, 1 zu § 542; Mittelstein S. 180; Neumann Bem. 1 zu § 542; Tumpowsky S. 72.

[1]) Eine besonders reiche Kasuistik von möglichen Fällen s. bei Arnold S. 58; Niendorff S. 108ff.

[2]) 1. Entw. § 529 Abs. 1 Satz 1.

[3]) Planck Bd. 2 Bem. 4 zu § 538; Staudinger Bem. II. 2a zu § 542 u. a. m.

nicht in Frage stellt,[1]) ist die Konsequenz zu ziehen, daß eine Haftung des Vermieters nach § 542 entfällt und somit dem Mieter ein Kündigungsrecht nicht zuzuerkennen ist. Wenn z. B. das vermietete Zimmer, das noch eine ganz gute Tapete besitzt, nach der besonderen Zusicherung des Vermieters mit einer besonders feinen Tapete bekleidet werden soll, dieses aber vor dem Einzug des Mieters nicht geschieht, so wird letzterem ein Kündigungsrecht aus dem Grunde m. E. nicht zustehen, weil durch das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft der vertragsmäßige Gebrauch des Zimmers zum Wohnen nicht beeinträchtigt ist.

Zusammenfassend gelangen wir also zu folgendem Schlusse: Soweit ein Sachmangel sich als ein Tauglichkeitsfehler charakterisiert oder als das Nichtvorhandensein einer zugesicherten Eigenschaft, durch welche der vertragsmäßige Gebrauch ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird, ist regelmäßig die Hauptvoraussetzung für die Anwendung des § 542 erfüllt.

Es ist ferner auch ohne Belang, auf welche Zeit sich die Vorenthaltung des Gebrauches infolge des Sachmangels erstreckt, ferner ob es sich nur um eine vorübergehende oder dauernde Beeinträchtigung handelt; erst recht wird man die Voraussetzung im obigen Sinne als gegeben ansehen, wenn der Gebrauch der Mietsache von Anfang an gar nicht gewährt wird.[2])

Besonders ist hervorzuheben, daß es für das Recht aus § 542 unerheblich ist, ob die Vorenthaltung oder Wiederentziehung in einem Verschulden seitens des Mieters ihren Grund findet oder nicht. Auch alle jene Fälle, in denen die Ursache des den Gebrauch schmälernden Mangels auf zufälligen Umständen beruht, werden durch die prinzipielle Vorschrift des Gesetzes gedeckt.[3]) Indirekt ergibt sich diese Folgerung auch aus der Vorschrift des § 543 Abs. 2.[4]) Auch kann sich der Vermieter bei dem Vorhandensein von Fehlern nicht damit entschuldigen, daß er von diesen keine Kenntnis gehabt habe. Ist daher die Mietwohnung infolge Ungeziefers nicht zu bewohnen, so ist es für die Geltendmachung des Kündigungsrechtes seitens

[1]) s. die obige Darstellung über zugesicherte Eigenschaften S. 18ff.

[2]) Kipp-Windscheid S. 736 § 400 Nr. 4; Oertmann Bd. 2 Bem. 2 zu § 542; Crome Bd. 2 § 235 Nr. 33 S. 541; Mittelstein S. 180; Staudinger Bem. II A 5 zu § 542 S. 816.

[3]) Mittelstein S. 181; Crome Bd. 2 S. 541; Planck Bd. 2 Bem. 1a zu § 542.

[4]) Nur bei der unten zu besprechenden Rückerstattungspflicht kommt es darauf an, ob der Vermieter den Umstand, wegen dessen die Kündigung erfolgt, zu vertreten hat oder nicht.

des Mieters ohne Belang, wenn der Vermieter nachweisen kann, daß der frühere Mieter das Ungeziefer ohne sein Wissen in die sonst reinliche Wohnung eingeschleppt habe.

Ob der Fall auch ein Kündigungsrecht begründet, wenn die Mietsache durch Verschulden oder Zufall ganz untergegangen ist oder sogar eine totale Unmöglichkeit der Leistung des Vermieters eingetreten ist, in welchen Fällen ja auch eine Vorenthaltung des vertragsmäßigen Gebrauches gegeben ist, ist in der Literatur sehr bestritten. Diese Streitfrage ist m. E. zu verneinen, wenn auch nicht mit den Gründen, die Oertmann[1]) hier anführt, daß nämlich § 542 nur einen heilbaren Mangel unterstelle, denn dies bildet, wie wir noch sehen werden, durchaus keine notwendige Voraussetzung. Zu einem verneinenden Standpunkt führt vielmehr schon die Erwägung, daß in diesen Fällen bereits durch die Unmöglichkeit der Leistung das Ende des Mietverhältnisses herbeigeführt war, eine Kündigung aber immer ein noch bestehendes Mietverhältnis zur Voraussetzung hat. Daß bei nur teilweisem Untergange der Mietsache oder teilweiser Unmöglichkeit der Leistungspflicht des Vermieters dem Mieter ein Kündigungsrecht zustehen wird, ist als selbstverständlich in der Literatur unbestritten und mag noch beiläufig hier erwähnt sein;[2]) denn bei solchen Hindernissen ist die Kündigung das einzige Mittel, um den Mieter vom Vertrage zu befreien, der sonst infolge der nur teilweisen Unmöglichkeit teilweise bezw. zeitweise weiterbestehen würde.

In allen von uns erörterten Fällen setzt jedoch die Anwendbarkeit des § 542 voraus, daß der Mieter auf den infolge des Sachmangels nicht gewährten Gebrauch bereits einen vollwirksamen Anspruch hatte. Und dieses trifft nicht zu, wenn er noch nicht fällig oder mit einer Einrede, z. B. der des Zurückbehaltungsrechtes, behaftet war.

b) Erhebliche Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauches.

Nach Abs. 2 des § 542 muß die Hinderung oder Vorenthaltung des vertragsmäßigen Gebrauches eine erhebliche sein,

---

[1]) Oertmann Bd. 2 Vorbem. 4 b γ δ vor § 537 S. 538, ferner Bem. 1 b und 2 zu § 542, da § 542 ein nur tatsächliches Unterbleiben der möglichen Gebrauchsgewährung unterstelle. Wie im Text Mittelstein S. 181 Anm. 8; and. A. Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 271; Kipp-Windscheid Bd. 2 S. 730 § 400 Nr. 4. Die Wahl zwischen den §§ 323 f. und dem § 542 lassen dem Mieter anscheinend: Staudinger Bem. I, 1 zu § 542; Brückner S. 135; RGE. Bd. 62 S. 225 ff.

[2]) s. insbesondere die Ausführungen bei Oertmann Bd. 1 Vorbem. vor § 535, 4 b; Planck Bd. 2 Bem. 1 a zu § 542; Mot. Bd. 2 S. 419; Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 270; Mittelstein S. 181; Staudinger Bem. II A 2 d zu § 542; Niendorff S. 103.

es sei denn, daß ein besonderes Interesse des Mieters die Kündigung rechtfertigt. Während für die Haftung des Vermieters aus § 537 das Bürgerliche Gesetzbuch, wie bereits hervorgehoben, eine erhebliche Minderung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache durch den Sachmangel nicht erfordert, ist diese einschränkende Voraussetzung in § 542 für nötig gehalten worden, um einen auf unlauteren Absichten beruhenden Mißbrauch des Kündigungsrechtes zu verhüten, und findet ihre Rechtfertigung mit Rücksicht auf die tiefeinschneidenden Befugnisse des Mieters in § 542.[1])

Wann eine unerhebliche Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauches vorliegt, wird sich nur von Fall zu Fall unter Zugrundelegung eines objektiven Maßstabes beurteilen lassen, ohne also in der Regel auf das subjektive Interesse, die besonderen Wünsche und Ansichten des Mieters Rücksicht nehmen zu können. Ganz allgemein wird man unter einer unerheblichen Beeinträchtigung eine solche zu verstehen haben, die nur während einer im Verhältnisse zur ganzen Mietzeit an sich kurzen Zeit dauert oder nur einen verhältnismäßig unbedeutenden Teil des Mietgegenstandes oder des vertragsmäßigen Gebrauches desselben betrifft.[2]) Z. B. auf Überlassung der gemieteten Wohnung hat der Mieter nur einige Stunden oder nur einen Tag warten müssen, weil der bisherige Mieter nicht auszog, oder eine nur für den Sommer gemietete Etage kann an einem kalten Tage nicht ordentlich geheizt werden. In allen diesen Fällen wird man nur eine unerhebliche Minderung des vertragsmäßigen Gebrauches annehmen können.

Unter dem Gesichtspunkte der Erheblichkeit oder Unerheblichkeit der Hinderung ist m. E. die von der Literatur meist an anderer Stelle behandelte Frage zu erörtern, ob die bloße Besorgnis einer künftigen Entziehung zur Kündigung als genügend anzusehen ist, und andererseits, ob unter Umständen die mit einer Gefährdung für den Mieter verbundene Fortsetzung des Gebrauches einer Entziehung gleich zu achten und somit geeignet ist, einen Kündigungsgrund abzugeben.

Während hinsichtlich der ersten Frage allgemein angenommen wird,[3]) daß die bloße Besorgnis künftiger Entziehung der Miet-

[1]) Mot. Bd. 2 S. 420; Staudinger Bem. II B 1 zu § 542 S. 816; Tumpowsky S. 73.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 420; Niendorff S. 112; Staudinger Bem. II B zu § 542; Borcherdt S. 48 III; Oertmann Bd. 2 Bem. 1 c zu § 542; Mittelstein S. 183.

[3]) s. z. B. Dernburg Bd. 2,2 § 218 V Anm. 3 S. 191; Staudinger Bem. II A 2a zu § 542; Mittelstein S. 181, 4; ferner Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 S. 36f.

räume, z. B. wegen notwendiger Reparaturen, ein Kündigungsrecht nicht begründe, bedarf die zweite Frage einer eingehenden Untersuchung. Die Motive,[1]) in denen diese Frage zuerst aufgeworfen wurde, lehnen die Aufnahme einer besonderen, diesen Fall regelnden Bestimmung mit der Begründung ab, daß die Entscheidung besser den allgemeinen Grundsätzen zu überlassen, mithin von der konkreten Prüfung abhängig zu machen sei, ob der Gebrauch objektiv oder nur aus einem in der Person des Mieters liegenden Grunde verhindert, oder ob anzunehmen ist, daß dem Mieter ein stillschweigendes Rücktrittsrecht hat eingeräumt werden sollen. Letzterer Gesichtspunkt läßt sich m. E. nicht verwerten.[2])

Vielmehr war das ausschlaggebende Moment auch weniger in der von den Motiven gemachten Unterscheidung als darin zu suchen, ob die Gefahr sich als eine so erhebliche und gegenwärtige darstellt, daß der vertragsmäßige Gebrauch unter diesen Umständen bereits jetzt nicht mehr als gewährt anzusehen ist, z. B. bei dem drohenden Einsturz des gemieteten Hauses. Insofern also das Merkmal der Erheblichkeit außer Frage steht, wird auch eine bevorstehende Entziehung einer tatsächlichen Entziehung in manchen Fällen gleich zu achten und dem Mieter demgemäß mit Rücksicht auf Treu und Glauben das Kündigungsrecht nach § 542 gegeben sein.[3])

Obgleich der Vermieter sich grundsätzlich nicht darauf berufen kann, daß der Mieter auch, abgesehen von der Unbrauchbarkeit, die Sache noch nicht benutzt hätte oder hätte benutzen können aus einem in seiner Person liegenden Grunde, so wird dies für die Frage der Erheblichkeit immerhin von Bedeutung sein können.[4])

Trotz der objektiv unerheblichen Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauches steht dem Mieter dennoch die Geltendmachung des Mängelrechtes zu, wenn dies durch ein besonderes Interesse des Mieters gerechtfertigt wird. In dieser Berücksichtigung individueller Verhältnisse des Mieters wird also ausnahmsweise durch das Gesetz ein subjektiver Maßstab zugrunde gelegt.

[1]) Mot. Bd. 2 S. 420.

[2]) Niendorff (S. 109) ist anderer Ansicht.

[3]) Ohne Begründung derselben Ansicht wie die Motive Niendorff S. 109; Planck Bem. 3 zu § 542; Staudinger Bem. II A 2f. zu § 542; Brückner S. 58; wie im Text Mittelstein S. 171 und neuerdings in 3/4. Aufl. Oertmann Bem. 1a zu § 542.

[4]) Niendorff S. 113; Mittelstein S. 183; s. ferner Gruchots Beitr. Bd. 29 S. 911.

Wann ein solches besonderes Interesse des Mieters vorliegt, ist Tatfrage des einzelnen Falles. Z. B. in einem von einem Lungenkranken gemieteten Zimmer raucht der Ofen ein wenig.[1])

Im allgemeinen wird man jedoch, wie Kober[2]) richtig betont, gut daran tun, rein subjektiven Verhältnissen des Mieters nicht allzu große Bedeutung beizumessen, da das dem Mieter in § 542 eingeräumte Recht ihm einen weiten Spielraum gewährt. Zudem findet aber auch die in der Betonung individueller Verhältnisse des Mieters für den Vermieter liegende Unzuträglichkeit ein Korrektiv in dem Moment „Beeinträchtigung des vertragsmäßigen Gebrauches", der nämlich als solcher nach Treu und Glauben auch dann noch als gegeben anzusehen ist, wenn nur ganz geringfügige Schmälerungen stattfinden.

Daß andererseits solche besonderen Interessen des Mieters bei dem Abschlusse des Mietvertrages zum Ausdruck gebracht werden müssen, hierfür gibt das Gesetz keinen Anhaltspunkt.[3]) Doch wird man mit der herrschenden Ansicht[4]) gegen Tumpowsky[5]) ein besonderes Interesse des Mieters unter Umständen darin erblicken können, daß er sich besondere Eigenschaften der Mietsache ausbedungen hat, z. B. völlige Ruhe der Wohnung.

c) Versäumung einer angemessenen Abhilfefrist.

Mag es sich nun um eine erhebliche oder unerhebliche Beeinträchtigung des vertragsmäßigen Gebrauches handeln, durch welche der Mieter nach Abs. 1 oder Abs. 2 des § 542 das Kündigungsrecht erwirbt, ohne weiteres darf er hiervon keinen Gebrauch machen, sondern die Kündigung ist erst zulässig, wenn der Vermieter eine ihm vom Mieter gesetzte angemessene Frist hat verstreichen lassen, ohne Abhilfe zu schaffen.

An diese letzte Voraussetzung für die Ausübung des Kündigungsrechts knüpft sich in der Literatur eine Reihe von Streitfragen, auf die hier näher eingegangen werden soll.

Da das Gesetz keine Form vorgeschrieben hat, erfolgt die Bestimmung der Frist durch formlose, vom Mieter dem Vermieter gegenüber abzugebende einseitige Willenserklärung.

Zunächst herrscht Streit hinsichtlich des Inhaltes dieser Erklärung, ob nämlich mit der Fristbestimmung die ausdrückliche

---

[1]) s. die Beispiele bei Tumpowsky S. 74; Mittelstein S. 185.

[2]) Kober bei Staudinger Bd. 2, 1 Bem. IIB 2 zu § 542.

[3]) Niendorff (S. 109) und Brückner (S. 66 Anm. 1) sind offenbar dieser Ansicht.

[4]) Planck Bd. 2 Bem. 4 zu § 542; Mittelstein S. 85; Staudinger Bem. 2 B II zu § 542 S. 816.

[5]) And. A. ist Tumpowsky S. 75.

Aufforderung verbunden sein muß, den konkret bezeichneten Mangel innerhalb der Frist zu beseitigen, was von einem Teile der Literatur angenommen wird.[1])

Diese Auffassung, für welche ein Stützpunkt im Gesetze nicht enthalten ist, ist m. E. unzutreffend. Daß zwar der Mieter anzugeben hat, welcher Mangel abzustellen ist, liegt auf der Hand und ergibt sich auch aus dem Zwecke der Fristsetzung; andererseits muß es aber als hinreichend erachtet werden, wenn aus den Erklärungen des Mieters überhaupt und der Hervorhebung des Mangels im besonderen für den Vermieter ersichtlich ist, daß die Fristbestimmung seitens des Mieters zur Beseitigung des Mangels erfolgt ist.[2]) Ebensowenig ist aber auch, wie dies das Bürgerliche Gesetzbuch in ähnlichen Fällen verlangt,[3]) eine Erklärung des Mieters dahingehend erforderlich, daß er nach dem Ablaufe der Frist die Erfüllung, d. h. die Beseitigung des Mangels ablehne, noch auch, daß er für den Fall des fruchtlosen Verstreichens der Frist die Kündigung androhe.[4]) Sollte eine Androhung, daß der Mieter nach Ablauf der Frist kündigen oder ausziehen werde, aber dennoch aus Zweckmäßigkeitsgründen erfolgen, um dem Vermieter den Ernst der Lage vorzuführen und jeden Zweifel für ihn auszuschließen, so wird man den Mieter nicht durch eine derartige Erklärung für gebunden halten dürfen, wie dies Goldmann-Lilienthal annehmen.[5]) Zur tatsächlichen Vornahme der Kündigung verpflichtet sie den Mieter m. E. nicht, vielmehr wird er immer noch vor Ablauf der Frist darauf verzichten können.

Diese seitens des Mieters dem Vermieter gesetzte Frist muß eine angemessene sein. Die Frage nach der Angemessenheit entscheidet sich nicht einseitig nach den Sonderinteressen oder individuellen Verhältnissen der einen oder anderen Partei,[6]) sondern objektiv nach den vorliegenden Umständen des einzelnen Falles, z. B. den vom Vermieter vorzunehmenden notwendiger Ausbesserungen und unter Berücksichtigung des in Frage

---

[1]) Staudinger Bem. II B 3b zu § 542; Prot. Bd. 2 S. 229; Tumpowsky S. 75.

[2]) Ders. A. sind Planck (Bd. 2 Bem. 1bα zu § 542), Mittelstein (S. 186), Niendorff S 111.

[3]) s. die §§ 250, 283, 326.

[4]) s. die herrschende Ansicht; Staudinger Bem. II, 3e zu § 542; Mittelstein S. 186; Niendorff S. 111; Planck Bem. 1bα zu § 542; Cosack Bd. 1 § 135 II, 4c S. 555; Tumpowsky S. 75.

[5]) Goldmann-Lilienthal § 154 S. 552 Anm. 16; ebenso Beer S. 38; and. A. (wie im Text) Niendorff S. 111; Mittelstein S. 186 Anm. 45.

[6]) Oertmann Bem. 3 zu § 250; Staudinger Bem. 4 zu § 250 S. 48; Niendorff S. 109; Planck Bem. 2 zu § 250.

stehenden konkreten Vertragszweckes. So kann dem Mieter nicht zugemutet werden, den Gebrauch der gemieteten Sache während einer übermäßig langen Zeit zu entbehren. Insbesondere werden auch hier die Grundsätze von Treu und Glauben Anwendung finden müssen.

Im Anschlusse hieran taucht die Streitfrage auf, ob die Fristbestimmung immer eine genaue Zeitangabe enthalten muß, binnen welcher Abhilfe von dem Sachmangel zu schaffen ist, oder ob die Erklärung des Vermieters sich darauf beschränken kann, „sofortige Abstellung" des Mangels oder gar Abhilfe binnen angemessener Frist zu verlangen.

Für die erstere Auffassung, die besonders von Mittelstein und Niendorff vertreten wird, spricht jedenfalls der Zweck der Vorschrift, ein klares, festbegrenztes Verhältnis herbeizuführen.[1]) M. E. dürfte es aber bedenklich sein, einer Fristsetzung, die sich darauf beschränkt, die Beseitigung eines Mangels „binnen angemessener Frist" zu verlangen, jede rechtliche Wirkung abzusprechen. Oft auch wird der Mieter, wenn er nicht gerade Fachmann ist, gar nicht in der Lage sein, dem Vermieter den Zeitraum so genau zu begrenzen, innerhalb dessen z. B. die erforderlichen Reparaturen am Giebel des vermieteten Hauses vorgenommen werden können. Würde er sich hierin um einen Tag irren, so wäre ja die ganze Bestimmung der Frist hinfällig. M. E. liegt auch in der Bezugnahme auf die Angemessenheit, die ja nicht von individuellen Interessen, sondern von einem objektiven Maßstabe abhängig ist, eine genügende Begrenzung der Frist, so daß ihre Dauer bestimmt werden kann.[2])

Jedenfalls teile ich die Bedenken Niendorffs nicht,[3]) daß ein ausdrückliches Erfordernis des Gesetzes hierdurch illusorisch würde.

Ist die vom Vermieter gesetzte Frist zu lang, dann behält es hierbei sein Bewenden, denn darin ist auch die angemessene Frist enthalten. Jedenfalls hat also der Vermieter das Recht, bis zum Ablaufe der Frist die Abstellung des Mangels zu bewirken, da der Mieter an die von ihm selbst gesetzte Frist immer gebunden ist.

---

[1]) Mittelstein S. 186, 4c; Niendorff S. 110; Kipp-Windscheid § 264, 7 S. 100; Seufferts Arch. Bd. 60 S. 9; Strauß S. 72; Staub, HGB. zu § 377 Anm. 77.

[2]) Ders. Ansicht fast die ganze Literatur, s. z. B. Enneccerus S. 604; Staudinger Bem. 4 zu § 250; Crome Bd. 2 § 151 S. 68, 2a; Planck Bem. 2a zu § 250; Oertmann Bem. 3 zu § 250; Dernburg Bd. 2, 2 § 33 S. 82; Recht 1900 Nr. 2232.

[3]) Niendorff S. 110.

Äußerst bestritten ist dagegen in der Literatur die Frage, welche Bedeutung und Wirkung einer zu kurz bemessenen Frist zukommt, eine Streitfrage, die hier nur gestreift werden kann. Nach der einen Ansicht[1]) ist der Setzung einer unangemessenen Frist keine Wirkung beizumessen. Die herrschende Ansicht[2]) geht dahin, daß die Stellung einer zu kurz bemessenen Frist diejenige Frist in Lauf setze, die nach den Umständen des einzelnen Falles als wirklich angemessen erscheint. Ich möchte mich in dieser Streitfrage im Hinblick darauf, daß der Vermieter infolge seiner modifizierten Leistungspflicht auf jeden Fall die Beseitigung des Mangels sofort in Angriff nehmen muß, der letzteren Auffassung anschließen, daß die Setzung einer zu kurz bemessenen Frist nicht bedeutungslos ist, sondern zur Folge hat, daß der Vermieter zwar nicht in der ihm gesetzten, aber wohl in der angemessenen Frist den Mangel abzustellen hat. Hieraus folgt, daß dann auch der Mieter an die Fristsetzung gebunden ist und sie nicht, wie dies Staudinger annimmt,[3]) bis spätestens zum Ablaufe der Frist zurücknehmen kann.

In dieser letzten besonderen Voraussetzung des § 542 ist vom Gesetz also das Erfordernis aufgestellt, daß der Vermieter die ihm vom Mieter bestimmte objektiv angemessene Frist hat verstreichen lassen, ohne Abhilfe zu schaffen. Weshalb der Vermieter die angemessene Frist nicht benutzt hat, ob er sie aus subjektiven oder objektiven Gründen nicht hat wahren können, insbesondere ob ihn hierbei ein Verschulden trifft, ist gleichgültig.

Unzutreffend ist demnach m. E. die Meinung der Motive und Fränkels, der auch Staudinger beigetreten ist,[4]) daß der

---

[1]) Crome Bd. 2 § 151 I, 2a S. 63; Enneccerus § 238 S. 604; Schollmeyer zu § 250 Nr. 5; Tumpowsky S. 70; Planck Bem. 2b zu § 250 S. 24, 25 grundsätzlich, jedoch mit der Einschränkung, daß der Vermieter event. als zur Beseitigung binnen einer objektiv angemessenen Frist aufgefordert anzusehen ist, wenn dies ausdrücklich erklärt oder aus den Umständen als stillschweigend erklärt anzunehmen ist. Ferner Beradt, Miete und Polizei S. 63ff.; neuerdings auch Cosack Bd. 1 § 121 III, 2cδ 5. Aufl. S. 595.

[2]) Dernburg Bd. 2, 1 § 33 Nr. 4 S. 85; Strauß S. 73; Mittelstein S. 186; jetzt auch Niendorff S. 110; Kipp-Windscheid Bd. 2 § 264 S. 100; Pächt, Leistungsverzug S. 157; Pescatore. Wahlschuldverhältnisse S. 230; Oertmann im Gegensatz zur früheren Auflage Bem. 3 zu § 250; RGE. Bd. 56 Nr. 59, Bd. 62 S. 69.

[3]) Staudinger Bem. II B 4g zu § 542, die Rechtslage wäre so, als wenn die Fristsetzung überhaupt nicht erfolgt wäre, so daß eine neue Fristsetzung möglich wäre.

[4]) Mot. Bd. 2 S. 419; Fränkel S. 18f.; Staudinger Bem. II B 4e zu § 542; and. A. Mittelstein S. 187; Tumpowky S. 72; Matthiaß § 411 II D 1a S. 302.

Vermieter mit der Beseitigung des Mangels, die er ohne Verzögerung in Angriff zu nehmen und durchzuführen habe, in Verzug geraten sein müsse. Diese Ansicht findet m. E. keinen Anhaltspunkt im Gesetz. Vielmehr spricht letzteres nur von der Tatsache, daß die Frist verstrichen ist, ohne daß der Vermieter den Mangel abgestellt hat; da es schon für die Bestimmung der Frist ohne Belang ist, ob der Vermieter Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauches zu vertreten hat oder nicht, so wird auch für die Frage der Benutzung der Frist die gleiche Beantwortung zutreffend sein.

Von der Erfüllung dieser besonderen Voraussetzung sieht das Gesetz in einem Ausnahmefalle wieder ab. Dieser Setzung einer Nachfrist bedarf es nämlich nicht, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für den Mieter kein Interesse hat. Dies wird besonders dann eintreten, wenn die Bewirkung der Abhilfe eine im Verhältnis zur Mietsdauer ungewöhnlich lange Zeit in Anspruch nehmen wird. M. E. hat man hierher auch den Fall zu rechnen, daß der Mieter infolge des vorhandenen, die Kündigung rechtfertigenden Mangels kein Interesse mehr an seiner Beseitigung hat. Diese Folgerung ergibt sich aus der Fassung des § 542 sowie aus der Erwägung, daß der Vermieter gemäß § 536 die Mietsache in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande während der ganzen Mietzeit zu erhalten hat und somit die Beseitigung eines inzwischen eingetretenen Mangels sich als die Erfüllung seiner modifizierten Vertragspflicht charakterisiert.[1]) Daher ist die Polemik Leistikows[2]) gegen Tumpowsky unverständlich, denn im Grunde genommen laufen doch die Erfüllung des Vertrages und die Erfüllung der Verpflichtung des Vermieters auf dasselbe hinaus.

Namentlich gehören hierher aber folgende Fälle:

1. Das Erfordernis der Fristsetzung gilt nicht, wenn der Mietvertrag als ein Fixgeschäft im Sinne des § 361 erscheint, wenn also, gleichviel aus welchem Grunde, die Überlassung der gemieteten Räume genau zu einer festbestimmten Zeit bewirkt werden muß.[3]) Hier wird der Mieter auch nach der letzteren Vorschrift schon ohne weiteres zum Rücktritt berechtigt sein,

---

[1]) Crome Bd. 2 § 296, 3b S. 545; Tumpowsky S. 76.

[2]) Leistikow (S. 45) rechnet nämlich alle Fälle nicht hierher, in denen der Mieter an der nachträglichen Abstellung des Mangels kein Interesse hat.

[3]) Staudinger Bem. II B 5c zu § 542; Mot. Bd. 2 S. 420; Mittelstein S. 187 u. 180; Crome Bd. 2 zu § 296, 3b Anm. 40 S. 545; Oertmann Bd. 2 Bem. 1bβ zu § 542 S. 552; Strauß S. 73; Neumann Bem. 2a zu § 542.

wenn ihm der Gebrauch der Räume nicht zu dem festbestimmten Zeitpunkt gewährt wird.

2. Die Setzung der Nachfrist ist unnötig, wenn nach der ganzen Sachlage die Beseitigung des Mangels innerhalb der ganzen Mietzeit oder überhaupt unmöglich ist.[1]) Denn in diesem Falle wäre es widersinnig, dem Mieter überhaupt das Setzen einer Frist zur Abhülfe des Mangels und das Abwarten dieser Frist zumuten zu wollen.

Hieraus ergibt sich die Folgerung, die bereits oben erwähnt wurde, daß der § 542 keineswegs nur heilbare Mängel unterstellt, wie dies Oertmann[2]) verschiedentlich betont, sondern eine freie Auslegung wird keinen Anstand nehmen, auch unabstellbare Mängel unter die Vorschrift des § 542 zu subsumieren.[3])

Eine bloße Unwahrscheinlichkeit, daß der Mangel vor dem Ablauf der Frist nicht abgestellt werden könnte, genügt dagegen zum Verzicht auf die Fristbestimmung nicht.[4])

3. Endlich darf der Mieter von der Setzung einer Abhilfefrist als einer nutzlosen Formsache Abstand nehmen, wenn von dem Vermieter von vornherein jede Abstellung eines Mangels verweigert oder von unberechtigten und unzulässigen Bedingungen abhängig gemacht wird.[5]) Doch muß die Weigerung als ernsthafte und endgültige anzusehen sein.

Daß in allen diesen Fällen durch Verletzung der dem Mieter nach § 545 obliegenden Anzeigepflicht die Befugnis, ohne Fristbestimmung kündigen zu können, wiederum ausgeschlossen ist, ist im 3. Teile unserer Darstellung des näheren zu erörtern.

[1]) Staudinger Bem. II B 5a zu § 542; Planck Bem. 1 b α zu § 542; Mittelstein S. 187; Niendorff S. 110; Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 271; Tumpowsky S 76; and. A Matthiaß § 114 II D 1a S. 302.

[2]) Oertmann Vorbem. 4 γ vor § 535, Bem. 2 zu § 542.

[3]) So auch Mittelstein S. 181; Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 270.

[4]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 S. 4; Oertmann Bem. 1 b γ 8 zu § 542.

[5]) Mittelstein S. 187; Niendorff S. 112d; Strauß S. 73; RGE. Bd. 52 S. 151, Bd. 53 S. 12; JurW. 1903 S. 305; jetzt auch Oertmann in 3./4. Aufl. Bem. 1 b α zu § 542 S. 552.

Zweiter Teil.

Inhalt der Mängelhaftung des Vermieters.

Vorbemerkung.

Im Anschluß an die Voraussetzungen für die Haftung des Vermieters wegen Sachmängel soll im folgenden Teile der Darstellung Inhalt und Umfang sowohl der Erfüllungshaftung wie auch der Gewährleistungshaftung sowie das Verhältnis dieser beiden Haftungsarten zueinander des näheren erörtert werden. Bei dieser Betrachtung werden wir zu dem Ergebnis kommen, daß der Gesetzgeber in fünffacher Art die Haftpflicht des Vermieters wegen eines Sachmangels normiert und als Korrelat für den Mieter dementsprechend fünf Gerechtsame statuiert hat, die sich teils als Ansprüche, teils als Rechte im wahren Sinne charakterisieren.

Es empfiehlt sich also, diese fünf Rechte des Mieters einzeln einer Erörterung zu unterziehen.

A. Der mit der Erfüllungshaftung des Vermieters korrespondierende Anspruch des Mieters auf Beseitigung.

1. Grundlage und Inhalt dieses Anspruches.

Wie bei jedem gegenseitigen Vertrage, so kann auch bei der Miete jeder Teil von dem anderen Erfüllung verlangen.

Die rechtlichen Grundlagen für die Erfüllungshaftung des Vermieters und den sich hieraus ergebenden Anspruch des Mieters auf Beseitigung eines Sachmangels entnehmen wir den §§ 535 Satz 1 und 536; § 535 Satz 1 hat folgenden Wortlaut: „Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren".

Hierzu sei gleich bemerkt, daß der Ausdruck „gewähren" vom Gesetze mit Absicht an Stelle des ähnlichen und sonst üblichen Ausdruckes „überlassen" gewählt ist, um, wie die Motive hervorheben,[1]) klarer hervortreten zu lassen, daß die Verpflichtung

[1]) Mot. Bd. 2 S. 369; Staudinger Bem. II, 1 zu § 535.

des Vermieters in einer positiven Tätigkeit, nicht nur in einem bloßen Dulden bestehen soll. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß in der Gewährung des Gebrauches notwendig immer eine Übergabe der Sache liegen müsse; eine derartige Auslegung des Gesetzes würde aber auch bedenklich sein insofern, als in gewissen Fällen, z. B. beim Gestatten des Lustwandelns in einem Parke, eine Übergabe in Wirklichkeit nicht stattfindet.[1])

Als eine Folgerung stellt sich der § 536 dar, wonach der Vermieter die vermietete Sache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustande zu erhalten hat. Die Aufnahme dieser Konsequenz in das Gesetz ist nach den Motiven[2]) erfolgt, um angesichts der in den nachfolgenden Paragraphen enthaltenen Bestimmungen außer Zweifel zu stellen, daß dem Mieter wegen Nichterfüllung der Verpflichtung des Vermieters nicht nur die in den §§ 537, 538, 542 bestimmten Rechte zustehen, sondern vor allem auch nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze auf Grund des Mietvertrages den Anspruch auf Erfüllung, d. h. auf Herstellung eines zum vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustandes, hat. Aus dieser Normierung der allgemeinen Erfüllungshaftung des Vermieters in § 536 ergibt sich nun bei dem Vorhandensein von Sachmängeln für den Vermieter einerseits die Verpflichtung zur Abstellung von Mängeln, andererseits für den Mieter ein entsprechender Anspruch auf Beseitigung.

Infolgedessen erübrigt sich auch die Argumentation Schöllers,[3]) der diesen Anspruch des Mieters auf Beseitigung eines Sachmangels indirekt auf einem Umwege über § 538 zu konstruieren sucht. In § 538 werde nämlich anerkannt, daß der Vermieter mit der Beseitigung eines Sachmangels in Verzug geraten könne. Verzug in der Beseitigung könne aber nur eintreten, wenn eine Verpflichtung zur Beseitigung vorhanden sei. M. E. folgt aber die Mängelbeseitigungspflicht des Vermieters und somit der Anspruch des Mieters unmittelbar aus der Rechtsnatur des Mietvertrages, in dem sie sich lediglich als eine Modifikation der Leistungspflicht des Vermieters charakterisiert.

Dieser Erfüllungsanspruch des Mieters umfaßt aber nicht nur das Verlangen nach Abstellung eines eigentlichen Tauglichkeitsfehlers, wie ihn der Abs. 1 des § 537 normiert, sondern

---

[1]) Mot. Bd. 2 S. 370; Mittelstein S. 140.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 373; Planck Bd. 2 Bem. zu § 536; Staudinger Bd. 2, 1 Bem. A 2 zu § 536.

[3]) Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 263, dem Leistikow S. 15 folgt.

auch den allgemeinen Anspruch auf Herstellung von zugesicherten, aber nicht vorhandenen Eigenschaften der Mietsache. Diese Verpflichtung resultiert sowohl indirekt aus § 536 als auch insbesondere aus der vom Vermieter vertragsmäßig übernommenen Garantiehaftung für bestimmte zugesicherte Eigenschaften.[1])

Nach § 536 hat der Vermieter nicht nur die Pflicht, die gemietete Sache in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen, sondern auch, sie während der Mietzeit in diesem Zustande zu erhalten. Hieraus läßt sich andererseits für die Frage, wann der Mieter die Beseitigung des Mangels fordern kann, die Folgerung ziehen, daß die Geltendmachung des Anspruches auf Beseitigung dem Mieter nicht nur zur Zeit der Überlassung der Mietsache, sondern auch während der ganzen Dauer des Mietsverhältnisses zusteht. Mit der sich immerwährend erneuernden Verpflichtung des Vermieters zur Abstellung eines Mangels auf der einen Seite korrespondiert also auf seiten des Mieters der jederzeit geltend zu machende Anspruch auf Beseitigung. Jedoch wird sich im Einzelfalle die Frage, in welchem Zeitpunkte der Mieter Erfüllung verlangen kann, nach dem Inhalte des Vertrages und den Umständen richten. Ist die Zeit, für welche die Sache vermietet war, abgelaufen, so wird der Mieter seinen Anspruch auf Beseitigung regelmäßig nicht mehr geltend machen können.[2])

Regelmäßig kann also der Mieter, wie jeder andere Gläubiger auch, bereits mit der Fälligkeit seines Anspruches die Erfüllung ohne weiteres fordern; fällig ist nun der Anspruch des Mieters auf Beseitigung eines Tauglichkeitsfehlers oder auf Herstellung einer zugesicherten Eigenschaft in dem Augenblicke, in welchem, sei es bei der Überlassung, sei es während der Dauer der Miete, dieser Sachmangel zutage tritt.

Vollständig unzutreffend ist demnach m. E. die Ansicht Borcherdts,[3]) der Erfüllungsanspruch des Mieters sei erst zulässig, wenn der Vermieter mit der Erfüllung seiner Verpflichtung, hier also der Beseitigung des Mangels, in Verzug geraten sei, eine Auffassung, für welche sich ein Anhaltspunkt im Gesetze nicht finden läßt und die auch von der Literatur

---

[1]) Staudinger Bem. A 2 zu § 536; Oertmann Bem. 2 zu § 536, der jedoch eine Klage nur aus § 536 gibt, da er die Vertragsnatur der Zusicherung leugnet; Mittelstein S. 154; Goldmann-Lilienthal § 153 Nr. 2 S. 547; Mot. Bd. 2 S. 373; Kipp-Windscheid Bd. 2 S. 729 gibt diesen Anspruch nur im Zweifel.

[2]) Cosack Bd. 1 § 135 II, 4a S. 555; Mittelstein S. 156; Mot. Bd. 2 S. 420.

[3]) Borcherdt S. 45.

nicht geteilt wird. Vielmehr ist irgendein Verschulden des Vermieters in Hinsicht auf die Entstehung des Sachmangels oder seine Nichtbeseitigung vom Gesetze nicht erfordert.[1])

Der Erfüllungsanspruch des Mieters ist also auch dann gegeben, wenn der Sachmangel infolge eines unberechtigten Eingriffes eines Dritten entstanden ist oder gar auf Zufall beruht, z. B. die Zertrümmerung der Fenster durch Hagel.

Was den Umfang des Beseitigungsanspruches des Mieters angeht, so erfährt dieser durch das Gesetz selbst seine Abgrenzung. Denn aus dem Wortlaute des § 536 erhellt ohne weiteres, daß dieser Anspruch auf Beseitigung von Sachmängeln dem Mieter nur insoweit eingeräumt ist, als die gemietete Sache infolge des Sachmangels nicht mehr in einem zum vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande sich befindet. Der „vertragsmäßige Gebrauch" — was darunter zu verstehen ist, ist bereits oben dargelegt worden — ist also auch hier das maßgebende Kriterium, während es ganz ohne Belang ist, ob der Mangel mehr oder weniger erheblich in die Erscheinung tritt oder es sich nur um Kleinigkeiten handelt. Wird durch sie der zum vertragsmäßigen Gebrauche geeignete Zustand der Sache beeinträchtigt, dann kann der Mieter die Abstellung auch solcher kleinen Mängel verlangen.[2])

Andererseits wird man aber aus dem Wortlaute des Gesetzes folgern müssen, daß dem Mieter ein Anspruch auf Beseitigung von Beschränkungen nicht zusteht, die so geringfügig sind, daß von einer Schmälerung des vertragsmäßigen Gebrauches der Mietsache keine Rede sein kann. Jedoch kann diese einschränkende Folgerung nur für eigentliche Tauglichkeitsfehler gezogen werden, während der Vermieter in jedem Falle auf Grund seiner vertragsmäßigen Garantieübernahme verpflichtet ist und bleibt, bestimmte zugesicherte Eigenschaften herzustellen, auch wenn ihr Fehlen den vertragsmäßigen Gebrauch in keiner Weise berührt.

Im Einzelfalle kann allerdings die Frage, ob dem Mieter ein Anspruch auf Beseitigung eines Mangels gegeben ist, aus dem Grunde auf Schwierigkeiten stoßen, weil es mitunter zweifelhaft ist, ob es sich wirklich um ein „Erhalten" oder um ein „Wiederherstellen" der Mietsache handelt.

Die Protokolle wollen in dieser Streitfrage die Grenze da-

---

[1]) Mittelstein S. 145; Niendorff S. 123. Tumpowsky S. 69; Staudinger Bem. IV B zu § 536; Strauß S. 60; Brückner S. 58 Anm. 2.

[2]) Crome (Bd. 2 § 235 I, 2 S. 537) scheint solche Kleinigkeiten ausnehmen zu wollen; and. A. Mittelstein S. 147 u. 155.

hin ziehen, daß eine Wiederherstellung der Regel nach dann zur Erhaltung der Sache gehöre, wenn sie sich unter Wahrung der Identität ermöglichen lasse.[1]) Das ist aber auch nur ein Moment. Ebensowenig trifft die Unterscheidung, ob die Wiederherstellung sich innerhalb der Mietzeit durchführen läßt oder nicht,[2]) das Wesentliche.

M. E. läßt sich ein allgemeines Kriterium nicht dafür aufstellen, ob die Tauglichkeit der Mietsache für den konkreten Gebrauchszweck vollständig aufgehoben ist, somit also eine Wiederherstellung erforderlich wird, oder ob die Mietsache nur beschädigt ist, so daß also eine Beseitigung der Sachmängel eintreten kann. Vielmehr wird die Entscheidung hierüber sich nur für den einzelnen Fall nach Maßgabe der konkreten Umstände fällen lassen, wobei besonders die beiderseitigen Interessen gegeneinander abzuwägen sind und die Länge der Mietzeit, der Umfang der erforderlichen Maßnahmen und die Grundsätze von Treu und Glauben zu berücksichtigen sind.[3]) Eine Beseitigung von Sachmängeln würde demnach auch nicht stattzufinden haben, wenn die Abhilfe ungemein schwierig und im Vergleiche zu der gesamten Gegenleistung des Mieters mit unverhältnismäßig hohen Kosten verknüpft wäre. Handelt es sich dagegen um die Vermietung von Gattungssachen, z. B. die tägliche Bereitstellung von Pferden für den Wagen eines Arztes, so wird der Vermieter in der Regel auch für Ersatz aufzukommen haben.[4])

2. Rechtliche Natur dieses Anspruches.

Hinsichtlich der juristischen Natur dieser Gerechtsame des Mieters auf Beseitigung eines Sachmangels ist nur zu bemerken, daß es sich hier um einen regelrechten Anspruch im technischen Sinne des § 194 BGB. handelt, d. h. um das Recht, von einem andern ein Tun, eine positive Tätigkeit zu verlangen. Der Mieter ist mithin berechtigt, den Vermieter im Prozeßwege durch Erhebung der Klage, nötigenfalls durch Zwangsvoll-

---

[1]) Prot. Bd. 2 S. 130; Goldmann-Lilienthal § 153 Nr. 13.

[2]) Auf diese beiden Momente kommt es an nach Niendorff S. 92; Planck Bd. 2 Bem. zu § 536.

[3]) Staudinger Bem. IV zu § 536; Mittelstein S. 148; Tumpowsky S. 69; ähnlich Oertmann Bem. 1b zu § 536; Endemann Bd. 1 S. 1050 Anm. 12; Dernburg Bd. 2, 2 § 217, 3 S. 189. (Es muß ein angemessenes Verhältnis der beiderseitigen Leistungen vorliegen.) RGE. im Recht 1910 Nr. 1239.

[4]) Staudinger Bem. IV B zu § 536; Endemann Bd. 1 S. 1050 Anm. 12.

streckung zur Beseitigung des bezeichneten Mangels anzuhalten. Jedoch kann er diesen Anspruch auf Erfüllung auch auf jede rechtlich zulässige Weise, also auch im Wege der Einrede, der exceptio non adimpleti contractus, gemäß § 320 geltend machen, d. h. er kann die Bewirkung der ihm obliegenden Leistung, die Zahlung des Mietzinses, bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, daß er abweichend von der gesetzlichen dispositiven Vorschrift zur Vorleistung verpflichtet ist.[1])

Da das Gesetz bei der Miete von einer Festsetzung kurzer Verjährungsfristen abgesehen hat,[2]) unterliegt demnach dieser Anspruch des Mieters der regelmäßigen Verjährungsfrist von 30 Jahren, die mit der Entstehung des Anspruches zu laufen beginnt.

B. Die aus der Gewährleistungshaftung des Vermieters sich ergebenden Rechte des Mieters.

1. Allgemeines.

Auf der Vorschrift des § 536, der die allgemeine Erfüllungshaftung statuiert, beruht prinzipiell auch die Gewährleistungshaftung wegen Mängel der Sache.[3]) Infolgedessen würden bezüglich des Umfanges der Gewährleistung, wie die Motive[4]) hervorheben, sich die Rechte des Mieters in Ermanglung besonderer Vorschriften nach den allgemeinen Grundsätzen über die anfängliche bezw. nachträgliche unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung sowie über die Leistungspflicht und die Folgen der Nichterfüllung bestimmen. Sachgemäßer jedoch erschien es, sich nicht auf eine Normierung der Abweichung von allgemeinen Grundsätzen zu beschränken, sondern noch klarer und bestimmter die Gewährleistungshaftung des Vermieters nach Umfang und Inhalt abzugrenzen durch Statuierung der korrespondierenden Rechte auf Befreiung von der Entrichtung des Mietzinses oder auf Minderung desselben, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und auf Kündigung des Mietverhältnisses. Infolgedessen sollen der Inhalt und die juristische Natur dieser Rechte des Mieters sowie die Verteilung der Beweislast eingehend erörtert werden.

---

[1]) Staudinger Bem. A 2a zu § 536; RGE. JurW. 1906 S. 333; Neumann Bd. 1 Bem. 1 zu § 536.

[2]) § 550 bildet eine Ausnahme, wonach die Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen in 6 Monaten verjähren.

[3]) Crome Bd. 2 § 235 I, 2a Anm. 5 S. 537.

[4]) Mot. Bd. 2 S. 375; Niendorff S. 103.

2. Die Befreiung von der Entrichtung des Mietzinses oder die Minderung desselben.

a) Inhalt dieses Rechtes.

Bei der Normierung des Mietrechtes aus § 537 hat der Gesetzgeber hinsichtlich des Gegenstandes die beiden Fälle unterschieden, daß die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche gänzlich beseitigt oder nur gemindert sein kann, und bezüglich der Mietzeit, daß diese Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit während der ganzen Mietsdauer oder nur innerhalb eines Zeitteiles auftreten kann. Diese Unterscheidung zwischen gegenständlich und zeitlich vollkommener Aufhebung bezw. Minderung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache darf man niemals aus dem Auge verlieren, will man die gesetzlichen Bestimmungen über die Miete recht verstehen und richtig auslegen.

Diese zunächst auf den Fall der Fehler im Sinne des Abs. 1 des § 537 zugeschnittene Vorschrift des Gesetzes läßt sich demnach in vier Rechtsregeln zerlegen, in denen alle überhaupt denkbaren Fälle enthalten sind.

1. Führt ein Mangel zu „gegenständlich“ und „zeitlich“ vollkommener Aufhebung der Gebrauchstauglichkeit, so ist der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses für die ganze Mietsdauer befreit.

2. Führt der Mangel eine „gegenständlich“ vollkommene Aufhebung der Gebrauchstauglichkeit, aber nur während eines Zeitteiles der Mietsdauer herbei, so tritt eine gänzliche Befreiung des Mieters von der Entrichtung des auf diesen Zeitteil entfallenden Mietzinses ein.

Wenn dagegen ein Mangel die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche nicht aufhebt, sondern nur mindert, dann kann entweder

3. diese Minderung während der ganzen Mietzeit dauern. In diesem Falle ist dann der Mieter nur zur Entrichtung eines nach §§ 472 u. 473 zu bemessenden Teiles des Gesamtmietzinses verpflichtet.

4. Oder der Mangel tritt nur „gegenständlich“ und „zeitlich“ auf, d. h. es handelt sich um eine Minderung der Gebrauchstauglichkeit nur während eines Teiles der Mietzeit, in welchem Falle lediglich der auf diesen Zeitteil entfallende Mietzins zu mindern ist. Ein Fall, in welchem die Gebrauchstauglichkeit der gemieteten Sache z. B. vollständig aufgehoben und der Mieter infolgedessen von der Entrichtung des Gesamtmietzinses gänzlich

befreit ist, liegt dann vor, wenn eine auf ein Jahr gemietete Wohnung infolge sehr stark hervortretenden Schwammes überhaupt nicht bezogen werden kann, während man von einer Minderung der Gebrauchstauglichkeit sprechen wird, wenn z. B. die Fenster nicht schließen oder der Ofen nicht genügend heizt. Hier ist der Mieter, je nachdem diese Mängel die Tauglichkeit der Wohnung während der ganzen Mietsdauer beeinträchtigen oder nur innerhalb eines Teiles der Mietzeit, für die Zeit der behinderten Tauglichkeit auch nur zur Entrichtuug eines geminderten Mietzinses verpflichtet. Infolgedessen wird die Frage, ob im Einzelfall eine Minderung oder eine gänzliche Aufhebung der Gebrauchstauglichkeit vorliegt, sich bei den in Abs. 1 statuierten eigentlichen Tauglichkeitsfehlern im allgemeinen unschwer entscheiden lassen.

Größere Schwierigkeit bietet die Anwendung dieses Prinzipes bei der in Abs. 2 bezeichneten Mängelart, wenn nämlich eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder später wegfällt. Denn wenn nach der einen Auffassung[1]) der durch eine zugesicherte Eigenschaft bedingte Gebrauch als der vertragsmäßige anzusehen ist, so wäre die eigentliche Folgerung die, daß infolge des Wegfallens dieser Eigenschaft der vertragsmäßige Gebrauch überhaupt nicht mehr gegeben ist. Die Folge wäre für den Mieter eine vollständige Befreiung von der Entrichtung des Mietzinses. Dies trifft aber nur unter Umständen zu. Hat z. B. der Vermieter dem Mieter die Anlage einer guten Warmwasserheizung in der für den Winter gemieteten Wohnung ausdrücklich zugesichert und findet der Mieter beim Einzuge nur alte Öfen vor, die nicht geheizt werden können, so ist durch das Fehlen der zugesicherten Heizung die Gebrauchstauglichkeit der Wohnung vollkommen aufgehoben.

Aus dem Wortlaute „das gleiche gilt“ — diese Gleichstellung des Abs. 2 bezieht sich ja auch auf die Voraussetzungen des Abs. 1 — geht jedoch deutlich hervor, daß nach der Auffassung des Gesetzes infolge des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche nicht immer vollständig aufgehoben sein muß, sondern auch gemindert sein kann[2]) und demgemäß auch nur eine Minderung des Mietzinses eintritt.

Wir müssen noch einen Schritt weiter gehen. Da wir im ersten Teile dieser Darstellung nachgewiesen haben, daß

---

[1]) Planck Bem. IV zu § 537; Fuld S. 60; Tumpowsky S. 12.

[2]) Oertmann Bem. 2c zu § 537 S. 546; auch die Anhänger der oben erwähnten Ansicht geben dies zu.

einen Geltungsbereich für diese in Frage stehende Mängelart diejenigen Fälle bilden, in denen durch das Fehlen oder spätere Wegfallen einer zugesicherten Eigenschaft keine Schmälerung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache herbeigeführt wird, und andererseits die im Gesetze verfolgte Gleichstellung des Abs. 2 mit dem Abs. 1 auch für die Folgen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft gilt, so ergibt sich hieraus für das Recht des Mieters folgende Konsequenz. Bei dem Nichtvorhandensein oder dem späteren Wegfallen einer zugesicherten Eigenschaft muß dem Mieter das in Abs. 1 statuierte Recht der Mietzinsminderung auch dann zustehen, wenn die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche durch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft objektiv gar nicht berührt wird.[1]) Diese Folgerung deckt sich auch mit der Erwägung, von welcher der Gesetzgeber bei der Normierung dieser Vorschrift ausging. Habe nämlich der Mieter sich einmal eine bestimmte Eigenschaft der Mietsache zusichern lassen, so sei es für die Haftung des Vermieters gleichgültig, ob die Mietsache trotz des Fehlens dieser Eigenschaft noch objektiv zum vertragsmäßigen Gebrauche tauglich sei.

Jedenfalls wird in allen Fällen, in denen das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft keine Beeinträchtigung des vertragsmäßigen Gebrauches nach sich zieht, auch nur eine geringe Minderung des Mietzinses eintreten können. Da ein objektiver Maßstab fehlt und ein allgemeingültiges Kriterium sich nicht finden läßt, so wird die Entscheidung darüber, inwieweit infolge des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft der Mietzins gemindert wird, mit viel größeren Schwierigkeiten verknüpft sein als bei der im Abs. 1 bezeichneten Mängelart. Im einzelnen Falle wird man vor allem darauf zu achten haben, in welchem Umfange die zugesicherte Eigenschaft objektiv fehlt oder noch vorhanden ist, welche Bedeutung ihr ferner beigelegt worden ist, insbesondere aber, inwieweit die nach dem subjektiven Standpunkte des Mieters zu bemessende Tauglichkeit der Mietsache durch das Fehlen der bestimmten Eigenschaft beeinträchtigt ist.[2])

Im allgemeinen ist es unerheblich, auf welchen Zeitpunkt sich die Zusicherung der betreffenden Eigenschaft bezieht, doch gibt ihr späterer Wegfall dem Mieter keine Rechte aus § 537,

---

[1]) Im Ergebnis ebenso, ohne Begründung aber Prot. Bd. 2 S. 132; Arnold S. 54 Anm. 4; Borcherdt S. 50; Fischer-Henle Bem. 6 zu § 537; Neumann Bem. 3 zu § 537; Goldmann-Lilienthal § 153 S. 550 Anm. 4.

[2]) Planck Bem. 4 zu § 537; Goldmann-Lilienthal S. 550 Anm. 4.

wenn sich die Zusicherung der Eigenschaft nur auf den Beginn des Mietsverhältnisses erstreckte.[1])

b) Mietzinsberechnung.

Was die Bestimmung des geminderten Mietzinses anlangt, so glaube ich bezüglich einer eingehenden numerischen Berechnung auf die Beispiele verweisen zu dürfen, welche in den die Gewährleistung des Vermieters behandelnden Schriften schon zur Genüge gebildet sind,[2]) und mich hier auf einige Ausführungen mehr allgemeiner Natur beschränken zu können.

Gemäß § 537 Abs. 1 bestimmt sich die Berechnung der Mietzinsminderung nach Maßgabe der §§ 472 u. 473, also nach den Grundsätzen, welche beim Kaufe die Herabsetzung des Kaufpreises wegen Mängel der Kaufsache gesetzlich festlegen.

Im Gegensatz zu der vom gemeinen Recht und dem allgem. Landrecht vertretenen absoluten hat also das Bürgerliche Gesetzbuch auch bei der Miete die Anwendung der sogen. relativen Berechnungsmethode eingeführt, nach welcher eine verhältnismäßige Kürzung des in Betracht kommenden Mietzinses stattfindet. Vorauszuschicken ist, daß der maßgebende Zeitpunkt für die Schätzung des Mietwertes der Sache in mangelfreiem Zustande und des wirklichen Mietwertes nicht die Zeit der Geltendmachung des Minderungsrechtes, sondern des Vertragsabschlusses ist.[3])

Es wird nun gemäß § 472 in der Weise verfahren, daß der vereinbarte Mietzins in demselben Verhältnis herabzusetzen ist, in welchem zur Zeit des Abschlusses des Mietvertrages der Mietwert, d. h. der angemessene Mietzins der mangelfreien Sache zu dem Mietwert der mangelhaften gestanden haben würde. Es wird also eine Proportion gebildet, in welcher der vereinbarte Mietzins, der Mietwert der mangelfreien Sache und der jetzige Mietwert der mangelhaften Sache die bekannten Glieder sind, während das gesuchte vierte Glied der für die Zeit der geminderten Tauglichkeit zu entrichtende Mietzins ist.

Verhältnismäßig einfach ist diese Berechnung, wenn die Minderung der Gebrauchstauglichkeit während der ganzen Mietzeit vorhanden ist, also eine Kürzung des gesamten Mietzinses stattfindet. Liegt sie nur während eines Zeitteiles vor, dann

---

[1]) Planck ebenda; Schollmeyer S. 60; Dernburg Bd. 2 S. 187.

[2]) Staudinger Bem. 2 zu § 472; Planck Bem. 2 zu § 472; s. auch Tumpowsky S. 17f.

[3]) Oertmann Bem. 2 zu § 472; Tumpowsky S. 16; Staudinger Bem. B II, 3b zu § 537 S. 804.

ist zunächst der auf diese Zeit der geminderten Tauglichkeit entfallende Mietzins zu bestimmen. Dieser berechnet sich nach der Dauer der betreffenden Zeit im Verhältnis zu dem vertragsmäßigen oder gesetzlichen Zeitabschnitt, der für die Zinsentrichtung maßgebend ist, z. B. wenn die Miete auf unbestimmte Dauer abgeschlossen ist.[1]) Dann findet wieder die obige Berechnung statt.

Sind mehrere Sachen zu einem Gesamtmietzins vermietet und haben nur einige von ihnen einen Mangel, infolgedessen eine Minderung stattfindet, so ist nach § 537 in Verb. mit § 472 Abs. 2 bei der Herabsetzung der Gesamtmietzins aller Sachen zugrunde zu legen. Diese gesetzliche Regelung entspricht auch der Gerechtigkeit insofern, als hierdurch auch diejenige Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit in Betracht gezogen wird, welche die mangelfreien Sachen durch die Verbindung mit den mangelhaften naturgemäß erleiden. Man denke nur an die Miete zweier Wagenpferde, von denen das eine beträchtlich lahmt; hierdurch wird natürlich auch die Tauglichkeit des anderen Pferdes in Mitleidenschaft gezogen.[2])

Ob diese Bestimmung auch in dem Falle analog Platz greift, in dem mehrere Sachen zwar nicht zu einem Gesamtmietzins, aber doch als zusammengehörend vermietet sind und sich einige hiervon als mangelhaft erweisen, ist in der Literatur bestritten. M. E. ist diese Streitfrage aus Billigkeitsgründen dann zu bejahen, wenn die mehreren Sachen in einer derartigen Beziehung zueinander stehen, daß die Mangelhaftigkeit der einen Sache auch den Mietwert der anderen Sache mindert,[3]) aus derselben Erwägung also wie oben. Denn m. E. kommt es hierauf allein an und nicht auf die Einheit des ausgemachten Mietzinses.

Da nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch bei der Miete prinzipiell der Mietzins weder ganz noch zum Teil in Geld zu bestehen braucht,[4]) so können immerhin neben dem in Geld festgesetzten Mietzinse noch andere Leistungen ausbedungen sein. Die Frage, in welcher Weise in diesem Falle die Herabsetzung der Gegenleistung des Mieters, die sich aus Mietzins und Nebenleistungen zusammensetzt, zu erfolgen hat, ist in § 473 in Verb. mit § 537 geregelt.

---

[1]) Arnold S. 55; Staudinger Bem. II, 3a zu § 537.

[2]) s. dieses gute Beispiel bei Dernburg Bd. 2, 2 § 187 S. 84 näher ausgeführt.

[3]) Staudinger Bem. 3 zu § 472 S. 666; Planck Bem. 2 zu § 472; Oertmann Bem. 5 zu § 472; Dernburg Bd. 2, 2 § 187 S. 84; and. A. ist Cosack Bd. 1 § 127 S. 446, der aber von Dernburg widerlegt wird.

[4]) Staudinger Bem. B III, 1 zu § 535; Planck Bem. zu § 535.

Dabei spricht die Gesetzesvorschrift von dem Falle, daß solche Nebenleistungen ausbedungen sind, welche nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben. Diese irreführende Terminologie des Gesetzes ist mit Recht dahin interpretiert worden,[1]) daß die Negation zum Verbum „haben“ und nicht zu dem Begriffe „vertretbare Sachen“ gehört. Hieraus ergibt sich die Konsequenz, daß den Gegenstand der Nebenleistungen nicht nur unvertretbare Sachen, sondern auch gar keine Sachen bilden können, also auch alle anderen in einem persönlichen Handeln bestehenden Leistungen, wie z. B. Dienste.

Diese anders gearteten Leistungen sind zunächst nach dem Werte, den sie zur Zeit des Vertragsabschlusses haben, in Geld zu veranschlagen, so der Gesamtmietzins in einer Geldsumme festzustellen und dann die Herabsetzung nach § 472 zu ermitteln. Die Herabsetzung der Gegenleistung des Mieters erfolgt an dem ursprünglich schon in Geld bestimmten Mietzins; ist dieser in Geld zu zahlende Mietzins geringer als der davon abzuziehende Betrag, so ist die Differenz vom Vermieter zu vergüten, während auch dies auf die Nebenleistungen keinen Einfluß hat. Hat also der Vermieter den Mietzins bereits erhalten, so muß er diesen und die Differenz herauszahlen.

Daß die Nebenleistungen auch in vertretbaren Sachen bestehen können, ist vom Gesetze als selbstverständlich nicht besonders erwähnt worden. Streit herrscht nur bezüglich der Regelung. Nach der einen von Kober vertretenen Ansicht findet auch in diesem Falle Satz 1 des § 473 entsprechende Anwendung, nicht dagegen Satz 2, und dem Mieter steht es frei, die Minderung am Mietzinse oder an der Nebenleistung zu verlangen und durchzuführen, eine Annahme, deren gesetzliche Begründung m. E. zweifelhaft ist.[2]) Nach der wohl richtigeren herrschenden Ansicht, der wir uns anschließen, tritt eine verhältnismäßige Kürzung beider Leistungen ein, da weder Satz 1 noch Satz 2 des § 473 anwendbar sind.[3]) Dies ergibt sich einmal aus dem Prinzipe des § 472, andererseits daraus, daß die Ausnahmevorschrift des § 473 diesen Fall ausdrücklich aus ihrem Anwendungsgebiet ausschließt.

---

[1]) Staudinger Bem. 2a zu § 473 S. 667; Oertmann Bem. 1a zu § 473 S. 453; Kisch S. 176; Prot. Bd. 2 S. 696; Tumpowsky S. 19.

[2]) Staudinger Bem. 2b u. 4 zu § 473; Tumpowsky S 20.

[3]) Oertmann Bem. 1bα zu § 473; Planck Bem. 1 zu § 473 (beide gegen die früheren Auflagen ihrer Kommentare); Goldmann-Lilienthal S. 501; Enneccerus Bd. 1 S. 855 Anm. 22 in 3. Aufl.; Kisch S. 176; Dernburg § 187 Anm. 7

c) Juristische Natur der Mietzinsbefreiung bezw. -minderung und deren Folgen.

Während das Bürgerliche Gesetzbuch in § 462 dem Käufer beim Vorhandensein von Mängeln der gebrauchten Sache einen Minderungsanspruch zuerkennt, der einen Anspruch im Sinne des Gesetzes darstellt, haben die Mietrechte in § 537 eine andere Normierung erfahren. Denn der Wortlaut des Gesetzes geht dahin, daß der Mieter für die Zeit, während deren die Tauglichkeit der Mietsache infolge des Mangels aufgehoben ist, von der Entrichtung des Mietzinses gänzlich befreit, für die Zeit, innerhalb deren die Tauglichkeit gemindert ist, auch nur zur Entrichtung eines geminderten Mietzinses verpflichtet ist.

Bei dieser eigenartigen Regelung haben praktische Erwägungen eine wichtige Rolle gespielt. Insbesondere ist die aus der Rechtsnatur der Miete sich ergebende denkbar größte Abhängigkeit der Gegenleistung des Mieters von der gesetzlich statuierten Vorleistungspflicht des Vermieters bei der Normierung der Mietzinsminderung von Bedeutung gewesen. Nehmen wir z. B. eine über einen gewissen Zeitraum sich erstreckende Beeinträchtigung der Mietsache an. Bei diesem Mangel ist es so anzusehen, daß für jeden einzelnen Zeitteil der Miete eine besondere Leistungspflicht des Vermieters, die Sache in dem vertragsmäßigen Zustande zu gewähren, sich beständig erneuert, und daß in jedem dieser Zeitteilchen der Mietsdauer der Vorleistung des Vermieters ein Bruchteil des vereinbarten Mietzinses als Gegenleistung des Mieters entspricht. Hieraus ergibt sich mit Notwendigkeit die Konzequenz, daß der Bruchteil des vereinbarten Mietzinses nur dann zu entrichten ist, wenn und solange der Vermieter die ihm obliegende Leistung erbracht hat. Sobald dagegen der Vermieter durch Gewährung einer mangelhaften Sache seine Vertragspflicht verletzt, in dem gleichen Augenblicke muß auch die Leistung des entsprechenden Bruchteiles des Mietzinses ipso jure entfallen.

Aus dieser Erwägung heraus wird man die rechtliche Konstruktion in § 537 richtig zu würdigen wissen als eine ipso jure eintretende Befreiung von der Entrichtung des Mietzinses bezw. Minderung desselben, zu der es nicht erst eines Vorgehens seitens des Mieters bedarf. Durchaus unrichtig ist es daher, wenn ein Teil der Literatur an dieser Stelle von einem Minderungsanspruche spricht, insbesondere Borcherdt[1]) in dem

[1]) Borcherdt S. 24, 50, 51; s. auch die Entsch. des KG. v. 17. 2. 1902, wo auf Minderung geklagt wird. Auch Fuld spricht gelegentlich von einem Minderungsanspruch.

Sinne, als ob der Mieter eine Minderung des Mietzinses oder die Befreiung von seiner Entrichtung erst klageweise geltend machen müsse.

Vielmehr handelt es sich um eine Rechtswirkung, eine beim Vorliegen gewisser Voraussetzungen von selbst kraft Gesetzes eintretende Modifikation[1]) der Vertragspflicht des Mieters, und deshalb kann auch die in dem größten Teile der Literatur sich findende Ausdrucksweise „eines Rechtes des Mieters auf Mietzinsminderung“ nicht als glücklich bezeichnet werden.

Diese scharfe juristische Natur der Rechtswirkung in § 537 ist aber nicht nur von theoretischer Bedeutung, sondern zieht auch praktisch wichtige Konsequenzen nach sich.

Stellt sich z. B. im Laufe eines Prozesses, in welchem der Vermieter, sei es während, sei es nach beendigtem Mietverhältnis, auf Zahlung des vereinbarten Mietzinses klagt, auf irgendeine Weise heraus, daß die Tauglichkeit der gemieteten Sache zum vertragsmäßigen Gebrauche infolge eines Mangels aufgehoben oder gemindert war, so ist dies vom Richter ohne weiteres von Amts wegen zu berücksichtigen und der Vermieter entweder mit seiner Klage abzuweisen oder der Klageantrag entsprechend herabzusetzen. Denn wenn der Mieter sich auf die Mangelhaftigkeit der Mietsache beruft, so ist m. E. hierin keine rechtshemmende Einrede zu erblicken, gemäß welcher der Mieter berechtigt wäre, die Leistung vorübergehend oder dauernd zu verweigern. Vielmehr ist dieses Vorbringen des Mieters, die geminderte Sache sei mangelhaft und infolgedessen mindere sich der Mietzins, als eine rechtsverneinende Einrede (Einwendung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs) des insoweit erloschenen klägerischen Anspruches zu beurteilen, den vollen vereinbarten Mietzins für die Dauer der beeinträchtigten Tauglichkeit einzufordern.[2])

Da nur Ansprüche im technischen Sinne nach § 194 der Verjährung unterliegen, so ergibt sich aus der juristischen Natur dieser Rechtswirkung von selbst die weitere Folgerung, daß von einer Verjährung dieses „Rechtes“ natürlich keine Rede sein kann.

Während nämlich die Gestaltung des Minderungsrechtes des Käufers als eines Anspruches für nötig erachtet wurde, um

---

[1]) Oertmann Bem. 4 zu § 537; Mittelstein S. 159; Staudinger Bem. II, 3d zu § 537; Crome Bd. 2 S. 543; Planck Bem. 2 zu § 537; Goldmann-Lilienthal § 154 Bd. 3 S. 550.

[2]) Tumpowsky S. 21; Staudinger Bem. II, 3d zu § 537; Oertmann Bem. 4 zu § 537; Seufferts Arch. Bd. 58 S. 57; and. A. Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 479.

für die kurze Verjährungsbestimmung des § 477 eine geeignete Grundlage zu gewinnen, lag ein Bedürfnis, die Rechte des Mieters an kurze Präklusivfristen zu knüpfen, einmal bei der Miete nicht vor, andererseits wären auch, wie die Motive hervorheben,[1]) einer angemessenen Normierung aus der Dauer der Miete besondere Schwierigkeiten erwachsen.

Aus der Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, daß die Mietzinsminderung in § 537 ispo jure eintritt, ist endlich die Konsequenz zu ziehen, daß ein vertragsmäßig zur Vorleistung verpflichteter Mieter — diese Bestimmung betrifft nur eine Zahlungsmodalität, gesetzlich ist der Vermieter zur Vorleistung verpflichtet — eine Nichtschuld ganz oder teilweise bezahlt, falls er beim Vorhandensein eines Mangels in Unkenntnis desselben den vereinbarten Mietzins entrichtet oder nicht entrichtet hat. Infolgedessen kann der Mieter bei Aufhebung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache den ganzen Mietzins, bei Minderung regelmäßig nur die Differenz zwischen dem bereits gezahlten und dem auf die jeweilige Dauer des Mangels entfallenden Mietzins nach Maßgabe der Grundsätze über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen.[2]) Ist der Mangel, was in diesem Falle auch das Wahrscheinlichere ist, erst nach der Entrichtung des Mietzinses entstanden, so geschieht die Rückforderung des zuviel gezahlten Betrages mit der condictio ob causam finitam aus § 812 Abs. 1 Satz 2 1. Halbsatz, denn hier ist der zur Zeit der Zahlung noch bestehende Grund erst hinterher weggefallen.

Nach Dernburg[3]) bleibt dieses Rückforderungsrecht dann ohne Erfolg, wenn der Vermieter vor Kenntnis des Mangels den erhaltenen Mietzins verausgabt hat. Dann sei er nämlich nicht mehr bereichert und könne auch nichts mehr zurückgewähren. Ich halte diese allgemeine Annahme in den Fällen für höchst bedenklich, in denen der Vermieter den in Geld bestehenden Mietzins — dies ist ja meist der Fall — mit seinem Gelde vermischt hat. Verausgabt er nun den gleichen Betrag, so bleibt er m. E. dennoch bereichert und einer Rückgewährung der entsprechenden Mietzinssumme steht nichts im Wege.

---

[1]) Mot. Bd. 2 S. 376 u. 378; Tumpowsky S. 21.

[2]) argumentatio aus § 323; Mot. Bd. 2 S. 376; Fuld S. 68; Oertmann Bem. 4 zu § 537; Staudinger Bem. II, 3c zu § 537; Dernburg § 218 III S. 191. And. A. ist Borcherdt a. a. O., der im Falle der Vorauszahlung des Mietzinses die Rückerstattung unabhängig von den Schranken ungerechtfertigter Bereicherung eintreten lassen will, jedoch ohne Begründung, und der den dann zutreffenden Gesichtspunkt verschweigt.

[3]) Dernburg Bd. 2,2 § 218 III S. 191; so auch Leistikow S. 24.

Ist der Mangel von dem Vermieter verschuldet, so tritt m. E. an Stelle dieser Bereicherungshaftung des Vermieters die strengere Rechtshängigkeitshaftung des § 347, d. h. der Vermieter wird dann den im voraus gezahlten Mietzins nach dem hier analog anzuwendenden § 543 Abs. 2 nebst Zinsen zurückfordern können.[1])

Aus der juristischen Natur dieser Rechtswirkung in § 537 ergibt sich endlich noch ihre Unteilbarkeit. Sind also auf der einen Seite mehrere Vermieter vorhanden, die eine mit Mängeln behaftete Sache dem Mieter vermietet und überlassen haben, so ist es ganz ausgeschlossen, daß die Befreiung von der Entrichtung des Mietzinses oder die Minderung nur dem einen oder anderen gegenüber eintritt. In gleicher Weise gestaltet sich m. E. auch die Rechtslage bei mehreren Vermietern, von denen nur einer eine bestimmte Eigenschaft zugesichert hat. Fehlt diese Eigenschaft, dann bleibt infolge der Unteilbarkeit der Mietzinsminderung diese gesetzliche Vorschrift auch gegen alle anwendbar.[2])

d) Beweislast.

Eine der bestrittensten Fragen in der die Miete behandelnden Literatur ist die, wen bei Vorhandensein von Mängeln die Beweislast trifft, ob der Mieter bei Geltendmachung des Tatbestandes des § 537 zu beweisen hat, inwieweit und daß die Mietsache mit einem Mangel behaftet ist, der ihre Gebrauchstauglichkeit aufhebt oder mindert, oder ob der Vermieter die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche darzutun hat.

Bevor wir zu dieser Streitfrage Stellung nehmen können, seien die verschiedenen Ansichten, die sich in zwei Gruppen teilen lassen, kurz skizziert.

Die jetzt wohl als herrschend zu bezeichnende Ansicht legt dem Mieter die Beweislast für die Mangelhaftigkeit der Sache auf in der Erwägung, daß es zur Begründung des Mietzinsanspruches des Vermieters nur des Nachweises bedürfe, es sei

[1]) Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 176; Schollmeyer S. 60; Mittelstein S. 161 Anm. 27; Planck Bem. 2 zu § 537; Crome Bd. 2 § 236 Nr. 22.

[2]) Dernburg Bd. 2,2 § 217 S. 189; Staudinger Bem. II,3e zu § 537; ferner Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 S. 25. Das RG. läßt in seiner Entscheidung v. 19. 9. 1902 alle Vermieter allerdings nur in dem Falle haften, in dem ein Vertragsverhältnis zwischen allen zur Zeit der Zusicherung bestanden hat. And. A. Planck Bem. 4 zu § 537; Mittelstein S. 158 Anm. 11, die nur eine von allen erteilte Zusicherung für verbindlich halten.

ein gültiger Mietvertrag abgeschlossen worden und die Fälligkeit des Mietzinses eingetreten. Demgegenüber sei in der Geltendmachung der Aufhebung oder Minderung der Gebrauchstauglichkeit nicht eine Klagleugnung des gegnerischen Anspruches zu erblicken, vielmehr stelle sich dieses Vorbringen des Mieters als eine den Mietzinsanspruch aufhebende Tatsache dar, für welche ihm nach allgemeinen Grundsätzen die Beweispflicht obliege.[1])

Die gegenteilige Meinung, deren Hauptvertreter Tumpowsky und Fuld sind,[2]) findet ihren Stützpunkt in folgender Argumentation.

Wenn der Vermieter sein Recht auf den vollen Mietzins geltend mache, so müsse er die Entstehung dieses Rechtes beweisen, also dartun, daß er seinen Verpflichtungen aus dem Mietvertrage gemäß § 535 Genüge getan, dem Mieter somit den vollen vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache gewährt habe. Verabsäume er die Erfüllung dieser Pflicht z. B. dadurch, daß die Sache sich infolge eines ihr anhaftenden Mangels nicht zum vertragsmäßigen Gebrauch eigne, so fehle es an einer der wesentlichen Existenzbedingungen seines Anspruches und der Mieter, der diesen Mangel behaupte, negiere somit das Vorhandensein dieser klagebegründenden Tatsachen. Infolgedessen müsse nach der Leugnungstheorie der Vermieter die Mängelfreiheit der Mietsache beweisen.

Zunächst sei hier schon darauf hingewiesen, daß dieses zuletzt angeführte Prinzip auch bei den Vertretern dieser Ansicht eine Durchlöcherung erfährt. Tumpowsky legt nämlich in allen denjenigen Fällen, in welchen während der Mietzeit ein den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache aufhebender oder mindernder Mangel entstanden ist, dem Mieter die Beweislast auf, wenn er hieraus seine Rechte nach Maßgabe des § 537 herleiten will.[3])

Bei Erörterung der Streitfrage ist m. E. an erster Stelle

---

[1]) Planck Bem. 6 zu § 537; Staudinger Bem. II, 5 zu § 537; Mittelstein S. 160, welcher seine in der 1. Auflage begründete Annahme, der Vermieter sei beweispflichtig, aufgegeben hat und der herrschenden Ansicht beigetreten ist.

[2]) Tumpowsky S. 22—27; Fuld im Sächs. Arch. f. bürgerl. R. Bd. 14 S. 453—459, der entgegen Tumpowsky nur betont, daß die Umkehrung der Beweislast nach § 363 nicht regelmäßig dem Vermieter zur Seite stehe. Hierher auch Cosack Bd. 1 § 135 II, 8 S. 559, der dem Vermieter die Beweislast nach allgemeinen Regeln auferlegt. Nur wenn der Mieter nachträglich gänzliche oder teilweise Entziehung des Mietgebrauches durch den Vermieter behaupte, treffe ihn die Beweislast hierfür.

[3]) Tumpowsky S. 26.

von folgender Erwägung auszugehen, die für die Verteilung der Beweislast grundlegend ist und die auch noch an anderer Stelle ausführlich besprochen werden soll. Wenn der Mieter wegen eines Mangels der gemieteten Sache ein Mängelrecht geltend macht, also den Mietzins mindert oder ganz einbehält, nimmt er immer den Standpunkt ein, daß die ihm überlassene Mietsache eine vertragliche, wenn auch mangelhafte Leistung des Vermieters ist. Verweigert dagegen der Mieter die Annahme der ihm angebotenen mangelhaften Mietsache, weil sie nicht dem Vertrag entsprechend ist, so ist dies ein Ausfluß seines Anspruches auf Erfüllung des Mietvertrages und auf Überlassung einer fehlerfreien Mietsache. Klagt in diesem Falle der Vermieter den Mietzins ein, dessen Vorausentrichtung vertraglich vereinbart worden ist, so charakterisiert sich das Vorbringen des Mieters, er habe die mangelhafte Mietsache als Nichterfüllung zurückgewiesen, als eine exceptio non adimpleti contractus, der gegenüber der Vermieter nach allgemeinen Grundsätzen seine vollständige vertragsmäßige Erfüllung zu beweisen hat. Diese Fälle scheiden aber bei unserer Erörterung gänzlich aus, da hier nicht der Anspruch auf Überlassung einer fehlerfreien Sache, ein Erfüllungsanspruch, sondern die Geltendmachung eines Mängelrechtes wegen eines konkreten Mangels in Frage steht, die den ersteren Anspruch, wie wir noch sehen werden, vollkommen ausschließt.

Bei der Geltendmachung eines konkreten Mangels seitens des Mieters läuft m. E. die Streitfrage darauf hinaus, welche Prämissen des Klagegrundes gegeben sein müssen, im Falle der Vermieter auf Zahlung des vereinbarten Mietzinses klagt. Es ist demnach zu untersuchen, welche Tatsachen, die der Kläger zu behaupten und zu beweisen hat, vorliegen müssen, um seinen Klageantrag nach den Vorschriften des materiellen Rechtes als begründet erscheinen zu lassen.

Nach allgemeinen Grundsätzen, die allseitige Anerkennung gefunden haben,[1]) hat derjenige, der ein Recht geltend macht, nur die Entstehung dieses Rechtes zu beweisen. Und da die Beweislast regelmäßig nur Tatsachen umfaßt, hat er somit nicht alle Voraussetzungen der Existenz seines Rechtes darzutun, sondern regelmäßig nur diejenigen tatsächlichen Voraussetzungen, unter welchen das Recht zur Entstehung gelangt ist, d. h. „die spezifisch rechtserzeugenden Tatsachen", wie Wach sie nennt.[2]) Als solche rechtserzeugende Tatsache stellt sich

[1]) Beckh, Beweislast nach dem BGB. 1899 S. 66f.; Wach, Beweislast S. 42; s. ferner 1. Entw. § 193; Mot. Bd. 2 S. 382/83.

[2]) Wach, Dekanatsprogramm S. 42.

bei der Einklagung eines kontraktlichen Anspruches, welches der Mietzinsanspruch des Vermieters ja ist, m. E. einzig und allein der Abschluß eines gültigen Mietvertrages, aus welchem der Anspruch auf Zahlung resultiert, und die Fälligkeit dieses Anspruches dar bei einer etwa dem Vertrage hinzugefügten Bedingung.

Dagegen kann in der Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauches m. E. keine tatsächliche Voraussetzung erblickt werden, welcher der Anspruch seine Entstehung verdankt, sondern höchstens kann die Nichtgewährung auf das Fortbestehen des Anspruches einen Einfluß ausüben. Das Fortbestehen seines Anspruches und damit indirekt, daß kein Erlöschungsgrund eingetreten ist, hat der Vermieter aber nicht zu beweisen; denn hat er einmal den Entstehungsgrund seines Anspruches, den Abschluß des Mietvertrages, dargetan, so wird der Fortbestand dieses Anspruches vermutet.[1])

Aus dieser Darlegung ergibt sich nun ohne weiteres die Konsequenz, daß das Vorbringen des Mieters, die Sache sei mit Mängeln behaftet gewesen, die ihre Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche beeinträchtigen, nicht als Klagleugnung, d. h. als Bestreiten einer klagebegründenden Tatsache, aufgefaßt werden kann. Denn den Abschluß des Mietvertrags in der vom Vermieter behaupteten Weise gibt er wohl zu, macht aber das Vorhandensein gewisser Tatsachen geltend, durch welche der Anspruch des Vermieters, dessen Fortbestand vermutet wird, kraft Gesetzes gemindert oder vollständig aufgehoben ist. Somit charakterisiert sich die Geltendmachung der Mangelhaftigkeit der Mietsache seitens des Mieters als eine Einwendung des ispo jure erloschenen klägerischen Anspruches,[2]) für die der Mieter nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast trägt.

Dieselbe Verteilung der Beweislast greift infolgedessen auch hinsichtlich der im Abs. 2 des § 537 normierten Mängel Platz. Behauptet der Mieter, daß eine bestimmte zugesicherte Eigenschaft zur Zeit der Überlassung der Mietsache nicht vorhanden gewesen oder später weggefallen ist, so ist er für diese Behauptung aus den oben dargelegten Gründen beweispflichtig; er hat also nicht nur darzutun, daß die betreffende Eigenschaft

---

[1]) Beckh S. 66; Rohs, System des deutschen Zivilprozesses 1907 S. 108.

[2]) Ebenso die herrschende Ansicht; auch Leonhard, Beweislast S. 395. Die Begründung Mittelsteins S. 160, entscheidend sei nicht die Tatsache des Mangels, sondern die Tauglichkeit der vom Vermieter immerhin gewährten Sache zu dem vom Mieter zu machenden Gebrauche, reicht m. E. nicht aus. Die Regel des § 542 Abs. 3 ist eine Ausnahme, die beim Kündigungsrecht näher erörtert wird.

auch wirklich zugesichert war, sondern daß sie auch bei Überlassung der Mietsache fehlte oder später weggefallen ist. Der Vermieter braucht also nicht, wie Tumpowsky behauptet, nachzuweisen, daß er seine besonderen Verpflichtungen durch Gewährung einer mit jenen Eigenschaften ausgestatteten Mietsache erfüllt hat. Unsere Ausführungen erfahren in allen den Fällen, in denen der Mieter die ihm angebotene mangelhafte Mietsache als Erfüllung angenommen hat, ihre Bestätigung durch die gesetzliche Regelung der Beweislast in § 363. Hat der Mieter nämlich die Mietsache ausdrücklich als Erfüllung angenommen oder ist ein solcher Annahmewillen aus den Umständen zu schließen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Mietsache später beanstandet, weil sie mit Mängeln behaftet ist.

Mit diesem Resultate steht durchaus nicht im Widerspruch, daß die Einwendung des Mieters von Amts wegen zu berücksichtigen ist, sobald sie Gegenstand des Prozeßstoffes geworden ist, denn wie Wach[1]) betont, läßt sich diese Amtspflicht des Richters sehr wohl mit den Grundsätzen über die Regelung der Beweislast vereinigen.

Um so widerspruchsvoller sind die Ausführungen Tumpowskys in dieser Frage; denn S. 21 stellt er die Geltendmachung der Mietzinsbefreiung seitens des Mieters als eine Einwendung dar, für welche also nach allgemeinen Grundsätzen der Mieter als der Behauptende die Beweislast trägt.

Bei Erörterung der Beweislast[2]) konstruiert er dann das Vorbringen der Mangelhaftigkeit der Mietsache seitens des Mieters als eine Klagleugnung, da die Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauches durch den Vermieter zu den rechtserzeugenden Tatsachen, also zum Nachweis der Entstehung seines Anspruches gehöre, wofür prinzipiell dem Vermieter die Beweislast obliege.

Das Ergebnis obiger Ausführungen, durch welche wir diese Ansicht widerlegt zu haben glauben, erscheint auch noch aus einem anderen Grunde als gerechtfertigt.

Will man in der Erfüllung der Vertragsverpflichtung seitens des Vermieters, die Mietsache in einem vertragsmäßigen Zustande zu gewähren, eine der wesentlichen Existenzbedingungen seines Anspruches erblicken, so müßte der Vermieter bei Behauptung der Mangelhaftigkeit der Mietsache durch den Mieter im Prozesse den Beweis erbringen, daß in keinem Augenblicke während der

[1]) Wach, Dekanatsprogramm S. 9; s. auch Zitelmann, Das Recht des BGB. Allgem. Teil S. 24ff.

[2]) Tumpowsky S. 26.

ganzen Mietzeit die Sache an einem die Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigenden Mangel gelitten habe. M. E. wäre eine derartige Beweisführung seitens des Vermieters nicht nur sehr schwierig, sondern in den meisten Fällen überhaupt unmöglich.

Daß eine derartige Beweisregelung praktisch zu den größten Unzuträglichkeiten führen müsse, haben auch Tumpowsky und Fuld[1]) eingesehen und deswegen in allen diesen Fällen eine Abwälzung der Beweislast zugunsten des Vermieters auf den Mieter eintreten lassen, ohne aber diese Durchbrechung ihres Prinzipes irgendwie näher zu begründen.

Es ist aber m. E. nicht einzusehen, warum die Verteilung der Beweislast rein aus dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit zulässig sein soll, vielmehr wird man in der oben begründeten Ansicht, die dem Mieter die Beweislast in allen Fällen auferlegt, die glücklichste Lösung dieser strittigen Frage erblicken müssen.

3. Der Schadensersatzanspruch des Mieters wegen Nichterfüllung.

a) Rechtliche Natur dieses Anspruches.

Während die Mietzinsminderung infolge eines die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache beeinträchtigenden Mangels ispo iure eintritt, diese Gerechtsame des Mieters also nicht den Charakter eines Anspruches trägt, handelt es sich bei dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung um einen Anspruch im Sinne des Gesetzes. Diese Annahme ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaute des Gesetzes, daß nämlich der Mieter bei dem Vorliegen der von uns oben geschilderten Voraussetzungen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, anstatt die im § 537 bestimmten Rechte geltend zu machen. Der Mieter ist mithin berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung durch Erhebung der Klage, nötigenfalls im Wege der Zwangsvollstreckung einzufordern.

Aus der juristischen Natur dieser Gerechtsame folgt weiter, daß der Schadensersatzanspruch des Mieters der Verjährung unterliegt, und zwar, da die Miete keine kurzen Verjährungsfristen kennt, der langfristigen Verjährung von 30 Jahren.

b) Umfang und Inhalt des Anspruches.

Bei Abgrenzung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung seinem Inhalte und Umfange nach stoßen wir sogleich auf die

---

[1]) Tumpowsky S. 26; Fuld im Sächs. Arch. f. bürgerl. R. Bd. 14 S. 456.

in der Literatur vielerörterte Streitfrage nach der rechtlichen Qualifizierung dieses Schadensersatzes, ob hier nur die Leistung des positiven Erfüllungsinteresses als Surrogat für die Nichterfüllung der einen Verbindlichkeit in Frage steht oder der Schadensersatz wegen Nichterfüllung an die Stelle des gesamten zweiseitigen Schuldverhältnisses schlechthin tritt.

Eine Prüfung dieser Streitfrage erscheint unerläßlich, um für den Inhalt des Mängelrechtes zu den richtigen Konsequenzen gelangen zu können.

Die letztere Ansicht,[1]) die vorzugsweise vom Reichsgericht[2]) vertreten wird, geht von der allgemeinen Feststellung aus, daß der nichtsäumige Teil sich zur Zahlung oder Entrichtung seiner Leistung nur gegen Erbringen der betreffenden Gegenleistung verpflichtet hat; zur Zahlung ohne Gegenleistung oder gegen eine andere als die ausbedungene Sache, z. B. gegen Leistung von Schadensersatz, hat er sich nicht verpflichtet und kann auch daher nicht verpflichtet bleiben; er wird infolgedessen frei. Aus der Befreiung des nichtsäumigen Teiles von seiner Vertragspflicht ziehen sodann die Vertreter dieser Ansicht die weitere Folgerung, daß das synallagmatische Verhältnis zusammenfalle und sich in einen einseitigen Interessenanspruch des nichtsäumigen Teiles konzentriere, der auf Ersatz des Schadens hinauslaufe, daß der Vertrag so, wie vereinbart, also durch Leistung gegen Gegenleistung, nicht zur Erfüllung gelangt sei.

Nach dieser Auffassung könnte der Mieter sich also auf den Standpunkt stellen, als habe der Vermieter überhaupt nicht erfüllt, und demgemäß Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages schlechthin fordern, ohne selbst zur Gegenleistung verpflichtet zu bleiben.

---

[1]) Vertreten von Dernburg Bd. 2, 1 § 98 V, 1; Müller im Recht 1905 S. 545 ff.; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 381 u. 384; insbesondere Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 44 S. 612 ff., Bd. 45 S. 511 ff., Bd. 46 S. 265; Oswald in DJZ. 1899 S. 214 ff.; Cosack Bd. 1 § 92 III, 2; Staub Bd. 2 Exk. zu § 374 Anm. 24 ff. und Exk. zu § 377 Anm. 87 S. 1633; nicht mehr vertreten von Staudinger in seiner neuen Auflage.

[2]) RGE. Bd. 50 S. 262 f., Bd. 52 S. 352 f., Bd. 57 S. 106. Bd. 58 S. 177; vgl. JurW. 1902 Beil. S. 235 u. 279. Doch hat das RG. selbst in seinen Entscheidungen Bd. 53 S. 92, Bd. 59 S. 196 den Standpunkt, daß der Schaden hier nur auf Grund einer Nichterfüllung liquidiert werden dürfe, aufgegeben, indem es dem Gläubiger ein Wahlrecht dahin einräumt, ob er die Nichterfüllung geltend machen will oder bei dem Vertrage bestehen und lediglich den durch den Mangel erwachsenen Schaden geltend machen will. Diese vermittelnde Ansicht, daß dem nichtsäumigen Teile das Wahlrecht zustehe, wird besonders vertreten von Rehbein § 320 ff. N. 23; Kipp, Gutachten zum 27. DJT. in Jherings Jahrb. Bd. 1 S. 259 f.; s. auch Staub in DJZ. 1903 S. 388.

Nach der anderen herrschenden Ansicht,[1]) die ihre Vertreter besonders in der Wissenschaft gefunden hat, trete derjenige Teil, der einen Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend macht, nicht vom Vertrage zurück, da er hier den Schadensersatz auf Grund des bestehenden Vertrages fordere. Infolgedessen könne sich dieser Schadensersatz auch nicht auf den ganzen gegenseitigen Vertrag erstrecken, sondern nur auf die eine Verbindlichkeit, durch deren Nichtbewirkung dem Gläubiger der Schaden erwachsen sei. Somit bilde der Schadensersatz lediglich das Surrogat für die dem schuldigen Teile ursprünglich obliegende Leistung, welche als solche infolge nachträglich eingetretener Unmöglichkeit oder aus einem anderen Grunde nicht mehr geschuldet werde. Durch diese Surrogation werde der Bestand des Vertrages in keiner Weise berührt. Infolgedessen bleibe auch die Verpflichtung des nichtsäumigen Teiles unverändert bestehen, dem anderen Teile die Gegenleistung zu gewähren als Äquivalent für das an die Stelle der ursprünglichen Leistung getretene Surrogat.

Ich möchte mich besonders im Hinblick auf die juristische Natur der Miete der zweiten Meinung anschließen, daß der vom Mieter nach § 538 verlangte Schadensersatz grundsätzlich nur die Leistung des positiven Erfüllungsinteresses umfaßt, nicht aber auch auf Ersatz des sonstigen dem Mieter erwachsenen Schadens geht.[2]) Die zuerst erörterte Auffassung, der Mieter könne sich bei der Geltendmachung seines Schadensersatzes wegen Beeinträchtigung des vertragsmäßigen Gebrauches der Mietsache in jedem Falle auf den Standpunkt stellen, daß der Vermieter überhaupt nicht erfüllt habe, ist m. E. schon deshalb unrichtig, weil tatsächlich in den Fällen des § 538 eine Erfüllung seitens des Vermieters stattgefunden hat, wenn auch eine mehr oder weniger mangelhafte. Eine mangelhafte Erfüllung ist jedoch nicht immer gleichbedeutend mit vollständiger Nichterfüllung

---

[1]) Diese Ansicht ist vertreten: Staudinger (im Gegensatz zu der früheren Auflage) Bd. 2, 1 Bem. 8a zu § 463 S. 369ff. und Bem. IV, 1 zu § 538 S. 807; Planck Bd. 2 Bem. 1a zu § 325 S. 151, Bem. 4 zu § 463 S. 371, Bem. 1b zu § 538; Oertmann Bd. 2 Bem. 1bc zu § 325; Werner im Recht 1905 S. 303ff.; Schollmeyer in Jherings Jahrb. Bd. 49 S. 98 und BGB. Bd. 2 Bem. 2 zu § 325; Kisch, Unmöglichkeit S. 132–134 und in Jherings Jahrb. Bd. 44 S. 68ff; Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen S. 144f.; Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 335f.; Endemann Bd. 1 S. 125 Anm. 37, S. 106/07 und Anm. 42 S. 108; Titze S. 183ff.; Crome Bd. 2 S. 181 Anm. 41; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 151ff.; Kaufmann in der DJZ. 1899 S. 152; Götte ebenda S. 399; Pächt, Leistungsverzug S. 105 u. a. m.

[2]) Staudinger Bem. IV, 1 zu § 538 S. 807; Oertmann Bem. 1 zu § 538 S 548; s. neuerdings Blume in Jherings Jahrb. Bd. 55 S. 225.

des ganzes Vertrages. Vielmehr ist auch hier die Eigentümlichkeit des Mietvertrages in Betracht zu ziehen, daß die Verpflichtung zur gleichmäßigen Gebrauchsgewährung sich für jeden Zeitteil der Mietsdauer ständig erneuert, und daß die in einem Zeitteile erbrachte Leistung des Vermieters in der Regel ihren selbständigen wirtschaftlichen Wert für den Mieter hat und behält, wenn auch die weitere Teilleistung unterbleibt. Grundsätzlich korrespondiert also der Umfang des hier behandelten Schadensersatzes mit dem Umfange der infolge des Mangels eingetretenen Nichterfüllung des Mietvertrags, richtet sich also nach der zeitlichen Dauer und der gegenständlichen Größe des betreffenden Fehlers. Prinzipiell kann demnach Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Mietvertrages im Sinne des § 538 nur geltend gemacht werden, wenn ein Sachmangel schon zur Zeit des Abschlusses des Vertrages (Fall 1) oder aber zur Zeit der Überlassung der Mietsache vorhanden ist, die Gebrauchstauglichkeit der letzteren vollständig aufhebt und während der ganzen Dauer der Mietzeit nicht beseitigt wird, wenn der Mangel also eine sowohl „gegenständlich“ wie zeitlich vollständige Nichterfüllung des Mietvertrages bedeutet.

In allen übrigen Fällen wird in bezug auf die Dauer des Mangels oder den Gegenstand oder hinsichtlich beider Momente nur eine teilweise Nichterfüllung des Mietvertrages vorliegen. Somit wird der Mieter auch nur berechtigt sein, wegen Nichterfüllung dieses Teiles der kontraktlichen Verpflichtung des Vermieters Schadensersatz zu verlangen, der beschränkt ist auf die Dauer des Mangels und bei teilweiser Nichtgewährung des Gebrauches nur soweit eintritt, als der Gebrauch infolge des Mangels nicht gewährt wird.

Ob in den Fällen, in welchen das Vorhandensein eines Sachmangels zu gegenständlich oder zeitlich nur teilweiser Nichterfüllung des Vertrages seitens des Vermieters führt, der Mieter das Recht hat, unter Ablehnung des noch möglichen Teiles der Leistung wegen mangelnden Interesses Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung des Vertrages zu fordern, ist eine Frage, die in der Literatur noch wenig erörtert und auch vom Gesetz nicht ausdrücklich entschieden ist.

Wenn man die oben dargelegten Grundsätze streng durchzuführen gewillt ist, würde dem Mieter auch da, wo die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, Schadensersatz nur nach dem Verhältnis der Dauer des Mangels und dem Umfange der Nichtgewährung des Gebrauches zustehen.

Eine derartige Beschränkung des Schadensersatzes kann aber m. E. nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben

und läßt sich auch aus der Fassung des § 538 nicht rechtfertigen. Denn wenn der Mieter, anstatt die in § 537 bestimmten Rechte geltend zu machen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, so ist damit doch nicht gesagt, daß sich dieser Schadensersatz unter allen Umständen innerhalb der Grenzen des § 537 zu halten hat, so daß ein weitergehender Schadensersatz ausgeschlossen erscheint.

Eine strenge Durchführung obigen Prinzipes würde sich aber auch, wie Schöller[1]) an einem Beispiele nachweist, aus praktischen Gründen nicht empfehlen, da sie in vielen Fällen den Mieter nicht befriedigen kann.

Jedoch vermögen wir Schöller[2]) in der Begründung eines weitergehenden Anspruches nicht dahin zu folgen, daß dem Mieter ein Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung des ganzen Vertrages unter Ablehnung der noch möglichen Erfüllung nur dann gegeben sein soll, wenn zugleich die Voraussetzungen des § 542 vorliegen, so daß der Mieter also die Wahl zwischen Kündigung und Schadensersatz hat, und wenn außerdem die Nichterfüllung auf einem vom Vermieter zu vertretenden Umstande beruht. Dies ist m. E. eine willkürliche Annahme, für die ein Anhaltspunkt im Gesetze sich nicht finden läßt.

Vielmehr wird m. E. hier die allgemeine Vorschrift des § 325 Abs. 1 zur analogen Anwendung gelangen müssen, wonach der Mieter bei teilweiser Nichterfüllung des Vertrages berechtigt ist, unter Ablehnung des noch möglichen Teiles der Leistung Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung zu verlangen, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat.[3])

Hieraus ergeben sich mehrere Konsequenzen, je nachdem es sich um eine gegenständlich oder zeitlich bloß teilweise Nichterfüllung des Vertrages handelt.

1. Wenn ein durch die besonderen Voraussetzungen des § 538 qualifizierter Mangel den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache nur zum Teil, aber während der ganzen Mietzeit beeinträchtigt, so kann der Mieter, wenn es nicht in seinem Interesse ist, den noch möglichen Gebrauch von der Sache zu machen, letzteren ganz ablehnen und Schadensersatz in dem

---

[1]) s. die Beispiele bei Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 277.

[2]) Derselbe in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 278 f.

[3]) So wenigstens für den Kauf Planck Bem. 4 zu § 463, aber auch bei der Miete Bem. 4 zu § 538; Kipp-Windscheid Bd. 2 S. 701; Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 336; Enneccerus § 350, 3e; Tumpowsky S. 58ff.; Staub Bd. 2 Exk. zu § 377 Anm. 87 S. 1634 f.

Umfange fordern, als habe der Mangel den vertragsmäßigen Gebrauch ganz aufgehoben.

2. Führt der Mangel eine gegenständlich vollkommene Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit herbei, aber nur während eines Teiles der Mietzeit, und hat der Gebrauch der Sache während des Restes der Mietzeit für den Mieter kein Interesse, so kann er unter Ablehnung dieses Gebrauches Schadensersatz wegen Nichterfüllung während der ganzen Mietzeit verlangen.

3. Treffen beide Erfordernisse zusammen, liegt also eine gegenständlich und zeitlich bloß teilweise Nichterfüllung infolge des Mangels vor, so wird nur höchst selten der Fall eintreten, daß die Geltendmachung eines Schadensersatzes wegen Nichterfüllung durch ein besonderes Interesse des Mieters gerechtfertigt wird.

Rein äußerlich betrachtet stellt sich dieser Ersatz des nach § 538 geltend zu machenden Schadens als die Differenz dar zwischen dem Vermögensbestand des Mieters bei Erfüllung des Vertrages und dem Vermögensbestand, der dem Mieter durch die teilweise Nichterfüllung erwachsen ist. Und da der Mieter das volle positive Erfüllungsinteresse fordern kann, ist er so zu stellen, wie er stehen würde, wenn der Tauglichkeitsfehler nicht vorhanden gewesen sein würde oder die Sache die bestimmte zugesicherte Eigenschaft gehabt hätte.

Hierdurch kommt ein Teil der Literatur zu der Folgerung,[1]) daß die Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz zunächst gemäß § 249 eine Verpflichtung zum Naturalersatze sei, d. h. eine Verpflichtung zur Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. M. E. wird aber in der Mehrzahl der Fälle die Herstellung des ursprünglich mangelfreien Zustandes der Mietsache mit der Beseitigung des die Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigenden Mangels identisch sein. Eine Vorschrift aber, die in den §§ 535 u. 536 als Verpflichtung des Vermieters normiert ist, an dieser Stelle nochmals zu wiederholen, kann m. E. nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben. Dies folgt auch aus der Fassung des § 538, der dem Mieter das Recht einräumt, wenn der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug geraten ist. Hier kann doch der Schadensersatz nicht wieder in der Beseitigung des Mangels

[1]) Tumpowsky S. 49; Mittelstein S. 176; Staudinger Bd. 2, 1 Bem. 4 zu § 538; Planck Bem. 4 zu § 538; and. A. Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 44 S. 607; Staub Bd. 2 Exk. zu § 377 Anm. 25 S. 1494 f.; RGE. Bd. 61 S. 348, die nur eine Entschädigung in Geld eintreten lassen wollen.

bestehen; das wäre ein vom Gesetzgeber nicht gewolltes superfluum.

Somit gelangen wir zu dem Ergebnis, daß der Ersatz des Schadens sich nach § 249 BGB. nur dann bestimmen kann, wenn die Naturalrestitution nicht zugleich die Beseitigung des Mangels ausmacht, wenn also der Vermieter z. B. durch Stellung von Ersatzräumen an Stelle der mangelhaften oder sonst unbenutzbaren Mieträume seiner Ersatzpflicht genügen kann,[1]) und daß andererseits in allen Fällen, in welchen der Naturalersatz mit der Beseitigung des Sachmangels identisch ist, der Vermieter den Mieter nur immer in Geld entschädigen kann. Auf die Fälle der §§ 250, 251, wonach der Geldersatz immer eintritt, sei hier nur hingewiesen.

Bei der Berechnung des Schadens ist insbesondere zu berücksichtigen, daß die Ersatzpflicht des Vermieters auf Grund des § 252 die Leistung des vollen Schadens bedeutet, also sowohl den positiven Vermögensverlust als auch den entgangenen Gewinn umfaßt. Zu letzterem gehört z. B. der Verdienstentgang bei der Miete von Räumen zu Geschäftszwecken oder der Verlust einer vorteilhaften Untervermietung infolge eines bereits bei dem Abschluß des Hauptmietvertrages vorhandenen Mangels.[2]) Dagegen kann für den Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, z. B. für das sogen. Affektionsinteresse an der alten Wohnung wegen der Nähe von Einkaufsläden, vom Mieter Ersatz schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht verlangt werden.

Der Erwähnung bedarf noch die Vorschrift des § 254 in Verb. mit § 538, wonach der Umfang des zu leistenden Schadensersatzes durch ein konkurrierendes Verschulden des Mieters beeinflußt werden kann, wobei es gleichgültig ist, ob diese Mitwirkung bei der Entstehung des Schadens positiver oder negativer Natur gewesen ist.

c) Beweislast.

Bei diesem Rechte des Mieters regelt sich die Verteilung der Beweislast folgendermaßen:

Macht der Mieter einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend, so trifft ihn die Beweislast dafür, daß ein Mangel der im § 537 bezeichneten Art — nehmen wir zunächst einen eigentlichen Tauglichkeitsfehler — wirklich besteht

---

[1]) Dies wird der Fall sein können; s. hierüber Staudinger Bem. B 1, 6 zu § 537; Oertmann Bem. 8 zu § 537 S. 547; Enneccerus § 350 IV, 1 d S. 342; and. A. Seufferts Arch. Bd. 48 Nr. 88; Mittelstein S. 177.

[2]) Staudinger Bem. IV, 2a zu § 538 S. 807.

und entweder schon bei dem Vertragsschluß bereits vorhanden war oder doch, wenn erst nachträglich entstanden, auf einem vom Vermieter zu vertretenden Umstande beruht, oder daß der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels sich im Verzuge befindet.[1]) Ferner hat der Mieter in jedem Falle den Umfang seines Schadens und den Kausalzusammenhang zwischen diesem und dem schädigenden Mangel nachzuweisen.

Behauptet der Mieter, daß ihm durch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft ein Schaden entstanden sei, so ist er für diese Behauptung in mehrfacher Hinsicht beweispflichtig. Er hat nämlich nicht nur darzutun, daß die fragliche Eigenschaft zugesichert worden ist, und daß für einen bestimmten Zeitpunkt, sei es für den Abschluß des Mietvertrages ihr Vorhandensein oder für die Zeit der Überlassung oder später ihre Herstellung bindend versprochen worden ist, sondern er hat auch nachzuweisen, daß diese zugesicherte Eigenschaft tatsächlich bereits bei Vertragsabschluß nicht vorhanden gewesen ist oder später infolge eines vom Vermieter zu vertretenden Umstandes nicht hergestellt worden oder aus demselben Grunde wieder weggefallen ist.

Des Beweises eines vom Vermieter zu vertretenden Umstandes bedarf es also nur bei Mängeln, die nach dem Abschluß des Mietvertrages entstanden sind.[2]) Führt der Mangel überhaupt eine Unmöglichkeit der Leistung des Vermieters herbei, so wird der Mieter bei Geltendmachung seines Schadensersatzes gut daran tun, sich nur auf die Unmöglichkeit der Leistung zu berufen. Dies hat nämlich nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 282 BGB. eine Abwälzung der Beweislast zugunsten des Mieters auf den Vermieter zur Folge, dem nunmehr der Beweis obliegt, daß die Unmöglichkeit infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes eingetreten sei.[3])

Auch im Falle der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels im Verzuge ist, braucht der Mieter nicht ein Verschulden des Vermieters, sondern nur die Fälligkeit seines Anspruches und, soweit Mahnung erforderlich ist, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgte Mahnung zu beweisen und die Tatsache des Verzuges des Vermieters darzutun. Sache des Vermieters ist es sodann, zur Widerlegung des Verzuges den Exkulpationsbeweis anzutreten, daß die Beseitigung des Mangels infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unter-

[1]) Mittelstein S. 177; Staudinger Bem. III zu § 538 S. 807.

[2]) Fuld (S. 73) und Borcherdt (S. 51/52) sprechen hier nur von dem Nachweise eines Verschuldens.

[3]) Leonhard, Beweislast S. 395; Planck Bem. 1 zu § 282.

blieben sei. Diese Beweisregelung ergibt sich aus der Fassung des § 285.[1])

Verlangt der Mieter bei teilweiser Nichterfüllung infolge eines durch die Voraussetzungen des § 538 qualifizierten Mangels Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Mietvertrages unter Ablehnung des noch möglichen Teiles der Leistung, so hat er zu beweisen, daß die noch mögliche teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. Er hat somit nur den negativen Nachweis seines Nichtinteresses zu führen und braucht nicht positiv zu beweisen, daß er an der Nichterfüllung des ganzen Vertrages ein Interesse hat. Doch ist, wie Schöller hervorhebt, der letztere Nachweis des Interesses an der Nichterfüllung des Vertrages unter allen Umständen als genügend anzusehen.[2])

4. Selbsthilferecht des Mieters bei Verzug des Vermieters in der Beseitigung von Mängeln.

a) Inhalt dieses Rechtes.

Der Gesetzgeber hat dem Mieter für den Fall, daß der Vermieter sich mit der Beseitigung eines Sachmangels im Verzuge befindet, im § 538 Abs. 2 die Befugnis verliehen, den in Frage kommenden Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen. Ist der Verzug des Vermieters einmal eingetreten, so bedarf es einer besonderen Androhung der Beseitigung nicht mehr.

In diesem Falle kann der Mieter vielmehr sowohl einen Tauglichkeitsfehler, der den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache beeinträchtigt, ohne weiteres abstellen, als auch die ihm zugesicherte Eigenschaft der Mietsache, die nicht vorhanden oder wieder fortgefallen ist, selber herstellen oder durch Dritte herstellen lassen.

Streit herrscht in der Literatur nur über den Umfang dieser Gerechtsame des Mieters, der auf die Frage hinausläuft, ob der Mieter wegen der Beseitigung eines Mangels beim Verzuge des Vermieters den Ersatz aller Aufwendungen oder nur der notwendigen verlangen kann, und ob der Ersatz sonstiger Verwendungen eine Schranke findet in den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Wenn auch die Vorschrift des § 538 Abs. 2 dem Mieter ein Recht zur Beseitigung eines Mangels und auf Ersatz der

---

[1]) Planck Bem. 8 zu § 284; Staudinger Bem. 2 zu § 285 S. 177; Staub Bd. 2 zu § 374 Anm. 13 S. 1489; Enneccerus Bd. 1 § 274 IV S. 681; Fischer-Henle Bem. 2 zu § 285.

[2]) Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 44 S. 617.

erforderlichen Aufwendungen nur im Falle des Verzuges des Vermieters einräumt, so darf hieraus jedoch nicht gefolgert werden, daß dem Mieter außerhalb des Verzuges das Recht, einen Mangel abzustellen, überhaupt nicht zusteht. Vielmehr ist die Beseitigung eines Mangels, soweit es sich nicht um eine Veränderung oder Umgestaltung der Mietsache, sondern um die Erhaltung ihrer Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauche handelt, ein selbstverständliches Recht des Mieters, das ganz unabhängig ist von einer Genehmigung oder Inverzugsetzung des letzteren. Dieses Mängelbeseitigungsrecht des Mieters besteht demnach in demselben Umfange wie die Beseitigungspflicht des Vermieters. Infolgedessen wird auch der Mieter in jedem Falle der Beseitigung eines Mangels den Ersatz seiner notwendigen, d. h. zur Wiederherstellung des vertragsmäßigen Gebrauches der Mietsache erforderlichen Aufwendungen beanspruchen können. Sind z. B. in der von ihm gemieteten Wohnung die Gasrohre undicht geworden oder die Fenster infolge Hagelschlages zertrümmert worden, so kann er sofort zur Ausbesserung schreiten, ohne daß es einer vorherigen Inverzugsetzung des Vermieters bedurft hätte.

Bezüglich des Ersatzanspruches aller sonstigen Verwendungen, also der vorteilhaften und luxuriösen, welche die Abstellung eines Fehlers mit sich bringt, wird man die Unterscheidung treffen müssen, ob der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug gekommen ist oder nicht.

Im letzteren Falle haftet er nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß § 547 Abs. 2, wonach es meistens auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen oder eine Genehmigung des Vermieters ankommen wird. Jedoch ist hier nicht der Platz, näher auf diese Bestimmungen einzugehen.

Im ersteren Falle dagegen, wenn der Vermieter in Verzug geraten ist, wird der Mieter, auch wenn es sich nicht um eine notwendige oder erhebliche Reparatur handelt, den Ersatz seiner sämtlichen Aufwendungen verlangen können, sofern er nur nachweist, welche Mängel vorhanden waren, und daß zu ihrer Abstellung die Verausgabung der verlangten Beträge stattgefunden hat.[1])

Hierbei spielen einerseits also auch unerhebliche Reparaturen eine Rolle, andererseits kommt auch der Ersatz von

---

[1]) Mittelstein S. 173; Tumpowsky S. 53; Niendorff S. 124f.; Crome Bd. 2 § 235 S. 540 Anm. 29; Goldmann-Lilienthal S. 551 § 154; and. A. Staudinger Bd. 2, 1 Bem. II, 3b zu § 538.

vorteilhaften Aufwendungen in Betracht, die mit einem bloßen Erhalten der Mietsache nichts zu tun haben, wenn sie nur zu dem Mangel in ursächlichem Zusammenhange stehen.

Dieses Ergebnis kann man m. E. auch aus dem Wortlaute des § 538 Abs. 2 folgern, der ausdrücklich von dem Ersatz der erforderlichen Aufwendungen spricht, was ein weiterer Begriff ist als die notwendigen Verwendungen des § 547 Abs. 1. Wenn Arnold[1]) in seinem Satze „Sein desfalsiger Aufwand betrifft notwendige Verwendungen im Sinne des § 547 Abs. 1" diese beiden Begriffe unter allen Umständen miteinander identifizieren will, so kann dem also nicht beigestimmt werden.

Aus dieser Erwägung ergibt sich weiter die Konsequenz, daß die Bestimmung des § 538 Abs. 2 neben der des § 547 nicht überflüssig ist, sondern vollkommen gerechtfertigt erscheint besonders im Hinblicke auf ihre praktische Bedeutung. In allen Fällen nämlich, in welchen der Mangel der Mietsache nur zu so unerheblichen Beeinträchtigungen der Gebrauchstauglichkeit führt, daß einmal das Kündigungsrecht des Mieters von vornherein ausgeschlossen ist, zum andern sich auch eine ziffernmäßige Berechnung des Schadensersatzes nur sehr schwer aufstellen läßt, wird der Mieter von der ihm in § 538 Abs. 2 eingeräumten Befugnis Gebrauch machen, den Mangel selbst zu beseitigen, falls der Vermieter mit seiner Beseitigung in Verzug geraten ist.

Hierbei ist von besonderer Tragweite die Möglichkeit, daß der Mieter den Vermieter naturgemäß auch dann in Verzug setzen kann, wenn der Mangel schon beim Abschluß des Vertrages vorhanden war oder seine spätere Entstehung auf einem vom Vermieter zu vertretenden Umstande beruht, wenn also prinzipiell nur ein Schadensersatzanspruch auf Grund der beiden ersten Voraussetzungen des § 538 gegeben ist.

Bei der Ausübung dieses Selbsthilferechtes läuft der Mieter endlich auch keinerlei Gefahr. Da der Mietzins gesetzlich post numerando zu entrichten ist, findet er in ihm eine willkommene Sicherung seines Ersatzanspruches, indem er den Mietzins zurückbehalten oder mit ihm aufrechnen kann. Auch steht dem Mieter bei der Miete beweglicher Sachen ein Zurückbehaltungsrecht an der Sache selbst zu, während ihm dies, soweit es sich um Grundstücke handelt, gemäß § 556 Abs. 2 versagt ist.

Bei der Berechnung der Höhe und des Umfanges seiner

---

[1]) Arnold (S. 37) sowie Endemann (S. 1054/55, bes. Anm. 8 u. 9) und Strauß (S. 68) nehmen dies m. E. mit Unrecht an.

Aufwendungen greifen die allgemeinen Bestimmungen der §§ 256, 257 Platz. Hiernach kann der Mieter den Betrag seiner Aufwendungen in Geld nebst 4 % Zinsen von der Zeit der Aufwendung an verlangen und ferner, wenn er zum Zwecke der Beseitigung des Mangels eine Verbindlichkeit eingeht, Befreiung von dieser Verbindlichkeit beanspruchen.

b) Juristische Natur dieses Rechtes.

Was die juristische Natur der Bestimmung in § 538 Abs. 2 angeht, so ist m. E. scharf zu trennen einmal das Recht des Mieters, den Mangel zu beseitigen, und dann der sich hieraus ergebende Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen, eine Unterscheidung, die von großer Wichtigkeit ist, um für die Verjährung zu richtigen Konsequenzen zu gelangen.[1])

Wenn Kober[2]) die Beseitigung eines Sachmangels durch den Mieter gemäß § 538 Abs. 2 als eine Geschäftsführung ohne Auftrag auffaßt und aus diesem Gesichtspunkte auch die Schranken für den Anspruch auf Ersatz der Verwendungen zieht, so kann dies nicht als zutreffend erachtet werden. Eine Geschäftsführung ohne Auftrag kann nämlich nur dann vorliegen, wenn jemand gemäß § 677 für einen anderen ein objektiv fremdes oder neutrales Geschäft führt, ohne von ihm beauftragt zu sein oder sonst dazu ein Recht zu haben. Im Abs. 2 hat aber der Gesetzgeber im Interesse des Mieters ein besonderes Gewährleistungsrecht zur Selbstbeseitigung von Mängeln statuiert,[3]) weil, wie die Motive hervorheben,[4]) es bei der großen praktischen Wichtigkeit des Falles ratsam war, durch eine ausdrückliche Vorschrift klares Recht zu schaffen.

Hieraus geht schon hervor, daß dieses Recht des Mieters, das seiner juristischen Natur nach eine Art Selbsthilferecht ist, keine Geschäftsführung ohne Auftrag sein kann. Aus der objektiven Natur dieser Gerechtsame ergibt sich die

[1]) s. z. B. Leitikow S. 40, der auch das Recht des Mieters auf Beseitigung als einen Anspruch im Sinne des Gesetzes darstellt, sich aber noch im selben Absatz widerspricht.

[2]) Staudinger Bem. II, 3b zu § 538; Endemann Bd. 1 § 168 Anm. 17 S. 1051, wonach der Mieter in einer gesetzlichen Notlage als Geschäftsführer des Vermieters handelt.

[3]) Planck Bem. 2 zu § 538; Mittelstein S. 173; Oertmann Bd. 2 zu § 538; Niendorff S. 124; Tumpowsky S. 54; Neumann Bem. 1c zu § 538.

[4]) Mot. Bd. 2 S. 395, Haidlen S. 607 erwarten eine ausgiebige Anwendung dieses allgemeinen Prinzips durch Wissenschaft und Praxis auf andere verwandte Fälle.

weitere Konsequenz, daß von einer Verjährung dieses Rechtes keine Rede sein kann, sondern daß es dem Mieter während der ganzen Mietzeit zusteht, sobald und solange sich ein Mangel zeigt oder eine zugesicherte Eigenschaft fehlt.

Anders dagegen ist es mit dem aus der Beseitigung eines Mangels resultierenden Anspruch des Mieters auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen. Ebenso wie das Recht des Mieters auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung stellt sich dieser Anspruch als ein technischer Anspruch im Sinne des Gesetzes dar, der infolgedessen der Verjährung unterliegt.

Jedoch besteht in der Literatur eine lebhafte Streitfrage darüber, ob auf diesen Ersatzanspruch des Mieters wegen der erforderlichen Aufwendungen die kurzen Verjährungsvorschriften des § 558 zur Anwendung gelangen[1]) und demnach der Lauf der sechsmonatlichen Verjährungsfrist mit der Beendigung des Mietverhältnisses beginnt, oder ob die regelmäßige Verjährung von 30 Jahren Platz greift, deren Beginn mit der Entstehung des Ersatzanspruches zusammenfällt.

M. E. ist diese Streitfrage in letzterem Sinne zu entscheiden. Denn die kurze Verjährung des § 558 ist nur auf die Ansprüche wegen Verwendungen im eigentlichen Sinne beschränkt und erstreckt sich nicht auf den weitergehenden Begriff der Aufwendungen. Der dem Mieter in § 538 Abs. 2 gegebene Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen ist aber kein Verwendungsanspruch im eigentlichen Sinne, d. h. er entspringt nicht unbedingt dem Umstande, daß der Mieter auf die Mietsache eine Verwendung gemacht hat, sondern charakterisiert sich als ein im besonderen Hinblicke auf den Verzug des Vermieters vom Gesetzgeber ausdrücklich statuierter Gewährleistungsanspruch des Mieters, der somit der ordentlichen Verjährung unterliegt.[2])

5. Das sofortige Kündigungsrecht des Mieters.

a) Umfang dieses Rechtes.

Der Vermieter hat den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache in vollem Umfange und dauernd während der ganzen Mietzeit zu gewähren. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, dann kann der Mieter das Mietverhältnis fristlos kündigen, d. h. ohne Einhaltung derjenigen Frist, welche regelmäßig

[1]) Tumpowsky S. 54 Abs. 2; Planck Bem. 2 zu § 538; Fischer-Henle Bem. 6 zu § 538; Haidlen S. 607.

[2]) Mittelstein S. 298; Oertmann Bem. 1c zu § 538; Staudinger Bem. 1 zu § 538; Goldmann-Lilienthal § 154 S. 551 Anm. 12.

zwischen der Erklärung der Kündigung und dem hiermit beabsichtigten Ende des Vertragsverhältnisses zu wahren ist.[1])

Somit ist die Kündigungsbefugnis nach § 542 dem Mieter nur gegeben, wenn das Mietverhältnis begonnen hat und noch nicht beendet ist, während vor dem Beginne des Mietverhältnisses, also in der Zeit zwischen Abschluß des Mietvertrages und der Überlassung der Mietsache, der Mieter m. E. nur unter den Voraussetzungen des § 325 vom Vertrage zurücktreten kann.

In dieser Streitfrage steht allerdings die herrschende Ansicht[2]) auf dem Standpunkte, dem Mieter stehe schon vor dem Beginne des Mietverhältnisses ein Kündigungsrecht unter analoger Anwendung des § 542 zu, wenn im voraus feststehe, daß dessen Voraussetzungen zu Beginn des Mietverhältnisses gegeben sein werden, und der Mieter ein besonderes Interesse an der Kündigung nachweist oder der Vermieter vorher ernstlich und bestimmt die Erfüllung verweigert.

Für diese Ansicht läßt sich jedoch m. E. einmal kein Anhaltspunkt im Gesetze finden, das ausdrücklich von einer nicht rechtzeitigen Gewährung oder Wiederentziehung des vertragsmäßigen Gebrauches redet, Erfordernisse, die, wie wir gesehen haben, notwendige Voraussetzungen für die Ausübung des Kündigungsrechtes bilden.

Andererseits steht dieser Auffassung noch folgende Erwägung entgegen. Gekündigt wird seitens des Mieters nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht der Mietvertrag, sondern das Mietverhältnis. Vor dem Beginne der Mietzeit, d. h. vor Überlassung der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche, besteht aber noch gar kein Mietverhältnis; infolgedessen kann auch von einer sofortigen Auflösung eines solchen Mietverhältnisses keine Rede sein, wenn dieses noch gar nicht in die Erscheinung getreten ist.[3]) Infolgedessen kann m. E. in diesem Zeitabschnitte nur § 325 Platz greifen, wenn dessen Voraussetzungen, also insbesondere verschuldete Unmöglichkeit vorliegen, z. B. der Ver-

---

[1]) Nicht gemeint ist die Frist zwischen dem Eintritte des Kündigungsgrundes und der Erklärung der Kündigung; s. RGE. in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 398.

[2]) Planck Bem. 5b zu § 542; Staudinger Bem. I, 6 zu § 542; Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 45 S. 271f.; Titze S. 286; Nr. 3 Niendorff S. 108.

[3]) Ebenso Mittelstein S. 130, der jedoch ohne Begründung den § 326 anwenden will, was m. E. aus dem Grunde nicht zutreffend ist, weil in diesem Zeitabschnitt die Verpflichtung des Vermieters noch nicht fällig ist, er somit auch nicht im Verzuge sein kann. Wie im Text neuerdings auch Oertmann in 3/4. Aufl. Bem. 1a zu § 542. Alternativ geben den § 325 auch Planck Bem. 5b zu § 542; Staudinger Bem. I, 6 zu § 542.

mieter hat die bereits vermietete Wohnung anderweitig mit früherem Zeitantritte für längere Zeit vermietet.

Sind die Voraussetzungen des § 542 gegeben, ist insbesondere die vom Mieter bestimmte angemessene Abhilfefrist fruchtlos verstrichen, so wird der Mieter, in dessen freiem Belieben die Kündigung liegt, sich auch jetzt noch nicht sofort zu entscheiden haben, ob er von seiner Kündigungsbefugnis Gebrauch machen will oder nicht. Doch wird der Mieter den Vermieter nicht unverhältnismäßig lange Zeit im Zweifel lassen dürfen, und er wird, wenn er die Ausübung des Kündigungsrechtes erheblich verzögert, sogar seiner Befugnis wieder verlustig gehen können.

Ob dies der Fall ist, wenn der Vermieter zwar nach Ablauf der Frist, aber noch vor Zugang der Kündigung Abhilfe schafft, ist in der Literatur bestritten. Man wird diese Frage mit der herrschenden Ansicht in bejahendem Sinne entscheiden müssen,[1]) obwohl der § 542 abweichend von anderen ähnlichen Vorschriften (§§ 283, 326) dies nicht ausdrücklich ausspricht.

Denn einmal trägt die Abhilfefrist nicht den Charakter einer Präklusivfrist, d. h. das Gesetz hat im § 542 nicht wie sonst das Erfordernis aufgestellt, daß der Mieter bei der Fristsetzung erklären muß, die Erfüllung nach fruchtlosem Ablaufe der Frist abzulehnen. Vielmehr bleibt ihm auch in diesem Falle noch das Recht, auf der Erfüllung des Mietvertrages zu bestehen. Dementsprechend wird man aber auch dem Mieter das Recht einräumen müssen, auch noch nach Ablauf der Frist, bevor die Kündigung ihm zugegangen ist, Abhilfe zu schaffen.

Sollte dieser Grund nicht durchschlagen, so erscheint unsere Auffassung auch noch aus einem anderen Grunde als gerechtfertigt. In dem Zögern des Mieters, von seiner Kündigungsbefugnis Gebrauch zu machen, wird man unter Umständen auch eine stillschweigende Verlängerung oder einen stillschweigenden Verzicht auf Einhaltung der von ihm dem Vermieter gesetzten Abhilfefrist erblicken können, so daß eine Ablehnung der nachträglichen Leistung des Vermieters gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

Ist dagegen nach vergeblichem Ablauf der Frist zur Beseitigung die Kündigung erfolgt, so kann sie der Vermieter nicht dadurch wieder gegenstandslos machen, daß er noch nach-

[1]) Staudinger Bem. II B, 4 f. zu § 542; Mittelstein S. 188; Planck Bem. 1 bα zu § 542; Niendorff S. 118; Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 270 f.; and. A. Tumpowsky S. 78 f., der aus der Beweislast des Vermieters, daß er den Mangel vor Ablauf der Frist beseitigt habe, die Folgerung zieht, das Gesetz sehe die Beseitigung nach Ablauf der Frist nicht als rechtzeitig an.

träglich Abhilfe schafft, denn hiermit wäre der Wortlaut des § 542 nicht vereinbar.

Eine besondere Regelung hat dieses Kündigungsrecht des Mieters erfahren, wenn mehrere Sachen zusammen vermietet sind und nur bezüglich einzelner von ihnen die Voraussetzungen der Kündigung vorliegen. Das Gesetz spricht nämlich bei der Kündigung nicht ausdrücklich von einer teilweisen Kündigung, d. h. einer solchen, die den Mietvertrag zeitlich oder gegenständlich, nur teilweise für die Zukunft aufhebt, während es den teilweisen Rücktritt und die teilweise Wandlung erwähnt, sondern läßt in § 543 Abs. 1 die für die Wandlung beim Kaufe geltenden Vorschriften der §§ 469—471 zur analogen Anwendung gelangen.

Hier ist zu unterscheiden, ob die mehreren vermieteten Sachen zueinander in dem Verhältnisse von Haupt- und Nebensache stehen oder nicht. Ist ersteres der Fall, so erstreckt sich die Kündigung wegen Vorenthaltung oder Wiederentziehung des vertragsmäßigen Gebrauches der Hauptsache ohne weiteres auch auf die Nebensache, z. B. das wirtschaftliche Zubehör (s. § 470 in § 543 in Verb. mit Abs. 1), während die Kündigung wegen eines Mangels der Nebensache auch nur bezüglich dieser erfolgt. Doch wird bei der Kündigung, selbst wenn nur eine mangelhafte Nebensache in Frage steht, immer zu prüfen sein, ob nicht der Gebrauch der Nebensache auf die Hauptsache von solchem Einfluß ist, daß durch sein Fehlen auch ihr vertragsmäßiger Gebrauch ganz oder zum Teil entzogen ist.[1])

Stehen dagegen die mehreren vermieteten Sachen nicht in diesem Verhältnis, so ist weiter zu unterscheiden, ob sie als zusammengehörend vermietet worden sind oder nicht. In letzterem Falle kann der Mieter, wenn von den mehreren Sachen nur einzelne Mängel aufweisen, nur in Ansehung dieser kündigen, auch wenn ein Gesamtmietzins für alle ausgemacht worden ist (§ 469 Satz 1 in Verb. mit § 543 Abs. 1).

Falls mehrere Sachen als zusammengehörend vermietet sind, z. B. ein gut eingefahrener Viererzug Rappen, so wird es zunächst bei der Regel bleiben, daß der Mieter nur hinsichtlich der einen Sache, die den Mangel trägt, kündigen kann. Nur wenn die mangelhafte Sache nicht ohne Nachteil für die eine oder andere Vertragspartei von den übrigen getrennt werden kann, z. B. bei dem Viererzug, läßt sich für das eine etwas lahmende Pferd kein brauchbarer Ersatz finden, dann kann der Mieter die Kündigung sowohl auf alle Rappen ausdehnen als auch der Vermieter gemäß

[1]) Mittelstein S. 189.

§ 469 Satz 2 in Verb. mit § 543 Abs. 1 verlangen, daß das ganze Mietverhältnis gekündigt wird.

Trägt der Mieter diesem Verlangen nicht Rechnung, so wird man die Kündigung bezüglich des einen Rappen als unwirksam erachten müssen.

Findet nach diesen Grundsätzen im Falle der Vermietung mehrerer Sachen für einen Gesamtmietzins eine Kündigung nur in Ansehung einzelner Sachen statt, so ist der Mietzins für die nichtgekündigten Sachen an Hand des § 471 in Verb. mit § 543 Abs. 1 festzustellen. Hiernach ist zunächst der zur Zeit des Vertragsabschlusses angemessene Mietzins aller Sachen in mangelfreiem Zustande und der zur selben Zeit angemessene Mietzins der nichtgekündigten Sachen zu ermitteln und dann der vereinbarte Gesamtmietzins in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem der angemessene Mietzins aller Sachen in mangelfreiem Zustande zu dem angemessenen Mietzins der von der Kündigung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde. Erwähnung soll noch die Streitfrage finden, ob die vorstehenden Bestimmungen auch dann Anwendung finden, wenn mehrere Räume eines Hauses vermietet sind.

Staudinger und Fuld[1]) nehmen den Standpunkt ein, daß auch bei der Vermietung mehrerer Räume eines Hauses die Kündigungsvorschriften über die Vermietung mehrerer Sachen Platz greifen müssen, während die andere Ansicht[2]) dahin geht, daß Räume keine Sachen im Sinne dieser speziellen Vorschriften und des Bürgerlichen Gesetzbuches überhaupt seien, und daß somit ein Kündigungsrecht dem Mieter nur nach § 542 zustehe.

Räume sind zwar keine selbständigen körperlichen Sachen, sobald sie aber Gegenstand des Mietvertrages geworden sind, finden gemäß § 580 auch die Vorschriften über die Miete auf sie Anwendung. Man wird also grundsätzlich nicht die Anwendung der Vorschriften der §§ 469—471 in Verb. mit § 543 Abs. 1 verneinen dürfen,[3]) sondern im Einzelfalle zu prüfen haben, ob bei dem Abschluß des Vertrages zum Ausdrucke gelangt ist, ob es sich um eine Mieteinheit handelt oder nicht. Ist z. B. ein Zimmer der gemieteten Etagenwohnung mangelhaft, so wird in der Regel eine teilweise Nichtgewährung der als Einheit gemieteten Räume vorliegen und eine Kündigung der ganzen Wohnung wird nur nach Maßgabe des § 542 gerechtfertigt sein, wenn nämlich der dem einen Raum anhaftende

[1]) Staudinger Bem. IIb zu § 543; Fuld S. 63; s. auch Brückner S. 67.

[2]) Tumpowsky S. 86f.

[3]) Mittelstein S. 189.

Mangel so erheblich ist, daß er den vertragsmäßigen Gebrauch der ganzen Wohnung beeinträchtigt. Handelt es sich dagegen um getrennte, wenn auch auf demselben Grundstücke liegende Räumlichkeiten, z. B. um einen Geschäftsraum mit Wohnzimmer, und ist es klar ersichtlich, daß sie als verschiedene Mietgegenstände zu verschiedenen Zwecken gemietet sind, so werden auch die für die Wandlung beim Kaufe geltenden Vorschriften gemäß § 543 Abs. 1 analoge Anwendung finden können.

b) Juristische Natur und juristisches Wesen der Kündigung.

Die vom Gesetzgeber in § 542 normierte fristlose Kündigungsbefugnis des Mieters stellt sich als das Recht dar, die sofortige Auflösung des ganzen Mietverhältnisses zu bewirken, und erfolgt durch die einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung,[1]) die dem Vermieter gegenüber abzugeben ist, aber einer Annahme seitens desselben nicht bedarf. Diese Erklärung des Mieters, die in der Regel jeder Form entbehrt, also sowohl ausdrücklich wie durch konkludente Handlungen geschehen kann, untersteht den allgemeinen Vorschriften der §§ 130 ff. und wird nach der sogen. Empfangstheorie in dem Augenblicke wirksam, in welchem sie dem Vermieter zugeht. Von diesem Zeitpunkte ist infolgedessen dem durch die Gebrauchsgewährung der Mietsache auf Grund des Vertrages entstandenen Mietverhältnis ein Ende bereitet und sind seine Wirkungen für beide Parteien aufgehoben.

Wenn daher Borcherdt unter „Kündigung den sofortigen Rücktritt vom Vertrage“ versteht und weiterhin ausführt, „das Kündigungsrecht ist darnach teils ein Wandlungsrecht wegen Gewährleistungsmängeln, teils ein über die Grenzen des allgemeinen Rücktrittsrechtes hinausreichendes, mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Mieters erweitertes Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung“,[2]) so ist dies als unzutreffend zu bezeichnen.

Dieser Auffassung von der juristischen Natur der Kündigung, der wir in der Literatur[3]) des öfteren begegnen, muß entschieden

---

[1]) Mittelstein S. 309; Staudinger Bd. 2, 1 Bem. II, 1 zu § 564; Borcherdt S. 79; Dernburg Bd. 2 § 226 I Anm. 4; Oertmann Bem. 2a zu § 564.

[2]) Borcherdt S. 47 u. 49.

[3]) s. z. B. Staudinger Bd. 2, 1 Bem. II, 1 zu § 564, die Kündigung bedeute nichts anderes als eine Form der Rücktrittserklärung von einem Vertragsverhältnis; auch Niendorff S. 108/09 nennt sie ein erweitertes Rücktrittsrecht. Ferner Mot. Bd. 2 S. 419 f. Ebenso irreleitend ist es, wenn Neumann Bem. I zu § 543 und Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 269 in Anlehnung an den 1. Entw. § 529 von einem Rücktrittsrecht für die Zukunft sprechen.

entgegengetreten werden, da Kündigung und Rücktritt scharf voneinander zu unterscheiden sind.

Wer nämlich ein gesetzliches oder vertragsmäßiges Rücktrittsrecht geltend macht, löst den Vertrag ex nunc auf, d. h. der Rechtszustand vor Eingehen des Vertrages tritt wieder ein, da nach § 346, der gemäß § 327 auch auf das gesetzliche Rücktrittsrecht Anwendung findet, die Vertragsparteien verpflichtet sind, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.

Während also durch den Rücktritt etwas ungeschehen gemacht werden soll, wirkt die Kündigung ex nunc, d. h. führt bloß für die Zukunft eine Aufhebung des Vertragsverhältnisses herbei, ohne dabei die bereits eingetretenen Rechtsfolgen beseitigen zu wollen, läßt vielmehr ihren bisherigen Bestand unangetastet.

Eine praktische Konsequenz aus dieser verschiedenen juristischen Natur liegt darin, daß der Mieter, der wegen einer vom Vermieter zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung kündigt, nebenher auch den ihm entstandenen Schaden mit einer Klage aus § 538 geltend machen kann, was weiter unten noch eingehend zu erörtern ist, während dem Gläubiger, der gemäß § 325 vom Vertrage zurücktritt, diese Möglichkeit vom Gesetze genommen ist.

Noch wesentlicher ist der Unterschied zwischen der Kündigung und der Wandlung. Wenn hier Endemann und Crome[1]) der Ansicht sind, daß die Aufhebung des Mietverhältnisses durch Kündigung nach Art der Wandlung beim Kaufe stattfindet, so ist diese Ansicht m. E. nicht nur irreführend, sondern auch unzutreffend. Denn ganz abgesehen davon, daß sich an dieser Stelle die eben gegen den Rücktritt vorgebrachten Argumente wiederholen lassen, da ja gemäß § 467 auf die Wandlung die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften Anwendung finden, charakterisiert sich das Wandlungsrecht des Käufers als ein Anspruch im Sinne des Gesetzes, daß nämlich der Verkäufer sich mit der Wandlung einverstanden erklären muß, ein Anspruch, den der Käufer gegebenenfalls klageweise geltend machen muß. Infolgedessen bedarf es nach der Vertragstheorie, die ja Crome und Endemann vertreten,[2]) ferner zur Perfektion der Wandlung einer beiderseitigen übereinstimmenden Willenserklärung der Parteien, also eines Vertrages.

---

[1]) Endemann Bd. 1, 2 § 168 Anm. 21 S. 1052; Crome Bd. 2 § 235 S. 541 u. § 236 II, 3b Anm. 32; s. auch Borcherdt S. 49.

[2]) Endemann Bd. 1 § 161, 1b Anm. 15 S. 988; Crome Bd. 2 § 222 I, 1a.

Demgegenüber ist m. E. die Kündigung als ein eigenes Rechtsgebilde anzusehen, nämlich als das vom Gesetze dem Mieter besonders eingeräumte Recht, das Mietverhältnis durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung für die Zukunft aufzulösen, ohne den gültigen Fortbestand der ausgetauschten Leistungen in Frage stellen zu wollen.[1]) Im Gegensatze zum Käufer ist der Mieter auf eine klageweise Geltendmachung seines Rechtes nicht angewiesen.

Wir sehen also, daß die Begriffe, die der Gesetzgeber mit dem Rücktrittsrechte, der Wandlung und Kündigung verbindet, ganz bestimmte, juristisch voneinander vollkommen verschiedene sind.

Aus dem Wesen der Kündigung als einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung ergibt sich eine weitere Folgerung.

Sind nämlich bei dem Mietverhältnisse mehrere als Vermieter oder Mieter beteiligt, so muß die Kündigungserklärung, wenn sie für alle rechtlich wirksam werden soll, von allen Mietern oder von einem als Vertreter der anderen abgegeben werden und allen Vermietern zugegangen sein. Die herrschende Meinung[2]) tritt hier für die analoge Anwendung des § 356 ein, die vom 1. Entwurf in § 530 ausdrücklich ausgesprochen war, vom Gesetzgeber aber als selbstverständlich wieder gestrichen wurde.

Sehr bestritten ist in der Literatur die Frage, ob es sich mit dem Wesen der Kündigung vereinbaren läßt, daß sie unter einer Bedingung erfolgt. Während Fuld[3]) ausnahmslos die Kündigung unter Beifügung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung für rechtlich wirksam hält und die Wiederholung der Kündigung nach dem Eintritte der Bedingung für überflüssig erklärt, nehmen andere einen engeren Standpunkt ein.

Auch sie[4]) halten die Bedenken gegen die Zulässigkeit bedingter Kündigungen wenigstens in den Fällen nicht für durch-

---

[1]) Ebenso Mittelstein S. 308; Planck Bem. 1 zu § 542; Tumpowsky S. 82; Goldmann-Lilienthal § 154 S. 552; Brückner S. 65 u. a. m.

[2]) Planck Bem. 2h zu § 564; Staudinger Bem. II, 2e zu § 564; Mittelstein S. 320; Fuld S. 152; Fränkel S. 61; Niendorff S. 286; Cosack Bd. 1 § 137, 7; and. A. Oertmann Bem. 2g zu § 564, der die §§ 425 Abs. 2, 429 Abs. 3 anwendet, da meist ein Gesamtschuldner- oder Gesamtgläubigerverhältnis vorliege, der aber von Planck widerlegt wird.

[3]) Fuld S. 153f.

[4]) Enneccerus Bd. 1 § 182 S. 457; Staub Bd. 1 § 66 Anm. 10 S. 311; Oertmann Bem. 2b zu § 564; Goldmann-Lilienthal § 86 Nr. 9; Rehbein Bd. 1 S. 228.

schlagend, in denen die Entscheidung der Bedingungen nicht ins Unbestimmte hinaus gerückt, sondern die unter einer Bedingung erfolgende Kündigung derart klar ist, daß sie den Kündigungsempfänger nicht im ungewissen darüber läßt, ob und wann das Mietverhältnis aufgehoben ist, z. B. wenn dem Vermieter der Eintritt der Bedingungen bekannt ist.

Hierbei spricht die eine Ansicht[1]) sich rückhaltlos für die Zulässigkeit einer Potestativbedingung aus, erklärt also die Beifügung einer Bedingung für rechtswirksam, deren Eintritt lediglich auf den Willen des Vermieters abgestellt ist, da ja in diesen Fällen von einer Ungewißheit für letzteren keine Rede sein könne.

Wenn auch zugegeben werden muß, daß in der neueren Literatur gewichtige Stimmen für die Zulässigkeit einer bedingten Kündigung laut geworden sind, und in gewissen Fällen langbefristeter Kündigung die Beifügung einer ihrem Inhalte nach klar bestimmten Bedingung nicht unter allen Umständen für unzulässig zu erklären ist, möchte ich mich doch speziell im Hinblicke auf das hier in Frage stehende fristlose Kündigungsrecht des Mieters mit der herrschenden Ansicht dahin entscheiden, daß eine bedingte Kündigung des Mieters wegen ihrer mehr oder weniger großen Unbestimmtheit wirkungslos ist.[2])

Allerdings enthält das Gesetz in § 643 einen Fall einer bedingten Kündigung. Da aber, wie die Protokolle[3]) hervorheben, es sich hier nur um eine in der 2. Lesung aufgenommene, an die Stelle des ursprünglichen Rücktrittes getretene Erklärung handelt, kann aus dieser Stelle unmöglich die Folgerung gezogen werden, hier sei einer grundsätzlichen Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs Ausdruck verliehen worden.

Vielmehr wird man in unserem Falle zu einem ablehnenden Standpunkte der bedingten Kündigung durch die Erwägung gelangen, daß der Mieter, der unter einer Bedingung kündigt,

---

[1]) Staudinger Bd. 2, 1 Bem. II, 2b zu § 564; Thiele im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 89 S. 149; Neumann Bem. 3aβ zu § 158; Oertmann Bem. 2b zu § 564; Seufferts Arch. Bd. 57 Nr. 60, Bd. 62 Nr. 248; Bruck. Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 1904 S. 132f. Nur für eine Potestativbedingung ist Mittelstein S. 314.

[2]) Planck Bem. 2b zu § 564; Mot. Bd. 2 S. 413; Borcherdt S. 79; Strauß S. 73; Brückner S. 126 Nr. 1; Fränkel S. 62; Tumpowsky S. 83; Mittelstein S. 314; Niendorff S. 282; Cosack Bd. 1 § 104 II, 2 S. 425; Endemann § 170 Anm. 8; Schneider im Recht 1904 S. 622; Immerwahr, Kündigung S. 80f.; teilweise Arnold S. 138.

[3]) Prot. Bd. 2 S. 2241; Mugdan Bd. 2 S. 930f.

hierdurch einen bedingten, also schwebenden Rechtszustand schafft. Dem widerspricht aber der Zweck der Kündigung, dem Vermieter darüber Gewißheit zu verschaffen, daß der Mieter von seinem Rechte, eine Auflösung des Mietverhältnisses zu bewirken, Gebrauch macht. Denn dieser Zweck der Kündigung, eine klare Rechtslage für beide Parteien zu schaffen, wäre vereitelt, wenn die Wirksamkeit der Kündigung als einer einseitigen Willenserklärung von einer weiteren Tatsache abhängig gemacht wird, die zur Zeit des Zugehens, also Wirksamwerdens dieser Erklärung, noch gar nicht feststeht und so unter Umständen weitere Erörterungen erforderlich machen wird.

Hinzu kommt bei diesem Mängelrechte noch der Umstand, daß die Kündigung hier nicht wie in anderen Fällen unter Einhaltung einer Kündigungsfrist, innerhalb welcher die Bedingung ja allenfalls noch hätte eintreten können, sondern fristlos erfolgt, ein weiteres Argument dafür, daß in diesem Falle dem Mietverhältnis ein klares und sofortiges Ende gesetzt werden soll.

Aus diesem Grunde wird man hier auch der Kündigung unter einer Potestativbedingung die rechtliche Wirkung absprechen müssen, da auch solche Bedingungen immer eine für den Mieter nicht zu duldende Ungewißheit im Gefolge haben.

Endlich wird für das praktische Bedürfnis eine Androhung künftiger Kündigung durch den Mieter bei Bestimmung der angemessenen Abhilfefrist als hinreichend zu erachten sein.

Ist die Kündigung gemäß § 542 gehörig erfolgt, also die einseitige Kündigungserklärung des Mieters dem Vermieter zugegangen, so bewirkt sie in diesem Augenblick ohne weiteres die Beendigung des Mietverhältnisses, und infolgedessen wird auch nur bis zu diesem Zeitpunkte der Mietzins seitens des Mieters geschuldet. Ist der Mietzins also für eine spätere Zeit im voraus entrichtet worden, so hat der Vermieter ihn bei Geltendmachung des außerordentlichen Kündigungsrechtes seitens des Mieters nach Maßgabe des § 543 Abs. 2 dem Mieter zurückzugewähren, wobei das Gesetz bezüglich des Umfanges der Rückerstattungspflicht den Unterschied macht, ob die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt ist, den der Vermieter zu vertreten hat oder nicht.

Im ersteren Falle läßt das Gesetz die Vorschriften der schärferen Rechtshängigkeitshaftung des § 347 Platz greifen, d. h. die Bestimmung, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an gilt. Der Vermieter hat also, soweit der Miet-

zins in Geld entrichtet war, diesen von der Zeit des Empfanges an[1]) mit 4% jährlich zu verzinsen.

Diese Grundsätze finden keine Anwendung, wenn die Kündigung wegen eines vom Vermieter nicht zu vertretenden Umstandes erfolgt, also z. B. ein Mangel der im § 537 bezeichneten Art nach dem Abschlusse des Mietvertrages durch Zufall entstanden ist. In diesem Falle ist der Vermieter vielmehr zur Rückerstattung des Mietzinses nur nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet.

Nicht annehmbar erscheint m. E. die Ansicht Schöllers,[2]) daß der Mieter nach Maßgabe dieser Vorschriften nicht nur den für eine spätere Zeit im voraus entrichteten Mietzins zurückfordern könne, sondern daß ihm die durch ein schuldhaftes Verhalten des Vermieters veranlaßte Kündigung auch das Recht gebe, die Rückerstattung der ganzen Vergütung auch für die Benutzung der Mietsache in der bereits verstrichenen Mietzeit zu verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Denn diese Auffassung ist m. E. durchaus unvereinbar mit der juristischen Natur der Kündigung, welche das Mietverhältnis nur ex nunc für die Zukunft auflöst, ohne den rechtlichen Fortbestand der schon vollzogenen Teilleistung antasten zu wollen. Vielmehr würde durch diese Annahme eine bedenkliche Verquickung der Kündigung des Mietverhältnisses mit dem Rücktritte des Mieters vom Vertrage herbeigeführt werden, deren Wesen, wie wir gesehen haben, scharf auseinanderzuhalten sind.

c) Beweislast.

Herrscht Streit hinsichtlich der Geltendmachung dieses Mängelrechtes des Mieters oder ist es fraglich, ob infolge der Kündigung eine Beendigung des Mietverhältnisses eingetreten ist, so verteilt sich die Beweislast in der Weise, daß der Mieter die erfolgte Kündigung und, abgesehen von zwei noch zu erörternden Ausnahmen, die notwendigen Voraussetzungen für die Ausübung seines Rechtes oder die Umstände darzulegen hat, welche sich als gesetzliche Abweichungen von diesen besonderen Voraussetzungen charakterisieren. Dem Mieter liegt demnach der Beweis dafür ob, daß er dem Vermieter zur Abstellung des Mangels eine angemessene Frist gesetzt hat, oder daß es einer besonderen Fristbestimmung nicht bedurft hat, weil die Erfüllung des Vertrages infolge des die Kündigung rechtfertigenden

---

[1]) Nicht erst, wie Leistikow annimmt, von dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit an.

[2]) Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 275.

Umstandes für ihn kein Interesse gehabt hat. Der Mieter hat hiernach z. B. die Klausel des Fixgeschäftes gemäß § 361 zu beweisen [1]) oder darzutun, daß die Beseitigung des Mangels oder die Herstellung der zugesicherten Eigenschaft unmöglich war oder der Vermieter die Abstellung des Fehlers verweigert hat.

Sodann hat der Mieter dafür Beweis zu erbringen, daß nach dem Ablaufe der dem Vermieter gesetzten Abhilfefrist die Kündigung erfolgt, die Erklärung also dem Vermieter gegenüber abgegeben ist. Bei einer schriftlichen Kündigung hat er lediglich den Inhalt des Kündigungsbriefes und seine richtige Zustellung an den Vermieter zu beweisen, wogegen er gemäß der hier geltenden Empfangstheorie nicht dafür beweispflichtig ist, daß der Vermieter von dem Inhalte des Schreibens auch Kenntnis genommen hat.

Stützt der Mieter sein Kündigungsrecht darauf, daß der Vermieter ihm den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache nicht rechtzeitig gewährt hat, so hat diese Voraussetzung nicht etwa, wie man denken sollte, der Mieter zu beweisen, sondern nach der hier Platz greifenden Ausnahmevorschrift des Abs. 3 des § 542 trifft den Vermieter die Beweislast, daß er den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache rechtzeitig gewährt hat, daß also die Mietsache bei ihrer Überlassung an den Mieter ohne Mängel oder im Besitz der zugesicherten Eigenschaften gewesen ist.

Gelingt dem Vermieter, der die Zulässigkeit der erfolgten Kündigung bestreitet, dieser Nachweis nicht, so steht ihm gegenüber der Behauptung des Mieters immer noch der Beweis offen (gemäß Abs. 3), daß er vor dem Ablaufe der Beseitigungsfrist die Abstellung des Mangels bewirkt habe. Bezüglich der Frist braucht der Mieter also nur den Ablauf derselben darzutun, nicht dagegen, daß sie ergebnislos verstrichen ist.

Gegenüber obigem vom Vermieter geführten Nachweise der rechtzeitigen Gebrauchsgewährung der Mietsache kann der Mieter, wenn er die Überlassung der Mietsache in mangelfreiem Zustande zugeben muß, andererseits sein Kündigungsrecht damit begründen, daß ihm durch einen im Laufe der Mietzeit entstandenen Sachmangel der vertragsmäßige Gebrauch wieder entzogen sei. Für die Behauptung dieser Tatsache als einer Voraussetzung seines Kündigungsrechtes liegt dem Mieter die Beweislast ob, was in der Literatur auch nicht bestritten ist.[2])

[1]) Oertmann Bd. 2 Bem. 5 zu § 542.

[2]) Mittelstein S. 188; Goldmann-Lilienthal § 154 IV, 4 S. 552; Fuld S. 64; Borcherdt S. 49 Anm. 1 Ziff. 3; Niendorff S. 117; Cosack Bd. 1 § 135 II, 8 S. 559.

Jedoch kann diesem Beweise des Mieters der Vermieter gemäß Abs. 3 wieder durch den Nachweis begegnen, daß er vor Ablauf der ihm gesetzten Frist den Mangel beseitigt oder die zugesicherte, aber nicht vorhandene Eigenschaft hergestellt habe.

Zweifelhaft ist aber die Verteilung der Beweislast dann, wenn der Vermieter allen Beweisen des Mieters gegenüber, insbesondere also, daß die Kündigung wegen Wiederentziehung des vertragsmäßigen Gebrauches der Mietsache nach Setzung einer angemessenen Abhilfefrist erfolgt ist, oder daß es dieser Bestimmung infolge mangelnden Interesses nicht bedurft hat, die Einwendung erhebt, daß die Hinderung oder Vorenthaltung des vertragsmäßigen Gebrauches infolge des Sachmangels nur eine unerhebliche gewesen ist. Hat hier der Mieter die Erheblichkeit oder der Vermieter die Unerheblichkeit der Hinderung darzutun?

Entgegen Leonhard,[1]) der jetzt anscheinend als einziger einen anderen Standpunkt einnimmt, geht die herrschende Ansicht mit Recht dahin, daß den Vermieter die Beweislast für die Unerheblichkeit des den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigenden Mangels trifft.[2])

Nach der ganzen Fassung des § 542 habe nämlich der Gesetzgeber in Abs. 1 die Regel statuiert, daß der Mieter nach Ablauf der von ihm bestimmten angemessenen Frist und beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen das Mietverhältnis kündigen kann, und erst in Abs. 2 die Unerheblichkeit des Mangels als eine besondere Ausnahme von der allgemeinen Regel aufgestellt, durch welche die im übrigen zulässige Kündigung ausgeschlossen wird.[3])

Will der Mieter diesen vom Vermieter erbrachten Beweis der Unerheblichkeit der Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauches entkräften, indem er die Zulässigkeit der Kündigung trotz der Unerheblichkeit behauptet, so hat er den Beweis dafür zu erbringen, daß die Kündigung durch ein besonderes Interesse gerechtfertigt gewesen sei.

---

[1]) Die Beweislast S. 396; ebenso Staudinger und Oertmann in früheren Auflagen.

[2]) Planck Bem. 2 zu § 542; Mittelstein S. 189; Niendorff S. 117; Tumpowsky S. 81; Goldmann-Lilienthal § 154 IV, 4 S. 552; Oertmann Bd. 2 Bem. 5 zu § 542; Staudinger Bd. 2, 1 Bem. IV zu § 542 S. 817; Fuld S. 64; Borcherdt S. 48 Anm. 1; Neumann Bem. 2c zu § 542.

[3]) Oertmann Bem. 5 zu § 542; Tumpowsky S. 81 Anm. 2.

C. Das Verhältnis dieser Mängelrechte des Mieters zueinander.

1. Das Verhältnis des Anspruches auf Schadensersatz zu der Mietzinsminderung.

Fassen wir zunächst den Anspruch des Mieters auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in seinem Verhältnis zur Befreiung von der Entrichtung des Mietzinses oder der Mietzinsminderung ins Auge, so ergibt sich sogleich aus dem Wortlaute des § 538, nach welchem nämlich der Mieter, „statt die im § 537 bezeichneten Rechte geltend zu machen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann", daß diese beiden Mängelrechte des Mieters nicht miteinander kumulieren, sondern dem Mieter nur alternativ gegeben sind. Er kann also nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder die im § 537 bezeichneten Rechte geltend machen.

Jedoch herrscht hinsichtlich der juristischen Natur dieser Alternative in der Literatur Streit. Eine Ansicht, die hauptlich von Fränkel, Fuld und anscheinend auch von Kuhlenbeck vertreten wird, geht dahin,[1]) daß in der Alternative des § 538 eine Wahlobligation im technischen Sinne zu erblicken sei und demgemäß auf das Verhältnis der hier in Frage stehenden beiden Mängelrechte des Mieters zueinander die Vorschriften der §§ 262 ff. zur analogen Anwendung gelangen müßten.

Aus dieser Annahme einer gesetzlichen Alternativobligation, die jeglicher Begründung entbehrt, wird dann die wichtige Konsequenz gezogen, daß dem Mieter das Wahlrecht zwischen den Rechten aus §§ 537 u. 538 nur bis zu dem Augenblicke zustehe, in welchem er dem Vermieter die Erklärung zugehen läßt, welches von den beiden Rechten er geltend mache. Ist diese Erklärung dem Vermieter zugegangen, so ist der Mieter an sie gebunden und kann von der einmal getroffenen Wahl nicht mehr zurücktreten, da gemäß § 263 Abs. 2 bei der alternativa obligatio die ausdrückliche oder stillschweigende Wahlerklärung das Wahlrecht konsumiert.

Hat der Mieter also dem Vermieter erklärt, daß er gemäß § 538 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange, so ist er an diese Forderung gebunden und kann nicht nachträglich noch nach Maßgabe des § 537 Befreiung von der Entrichtung des Mietzinses ganz oder zum Teil geltend machen. Diese Folge-

[1]) Fränkel S. 23 Anm. 3; Fuld S. 69; Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 538 S. 442; s. auch Brühl, Mietrecht 1902 S. 45: eine nachträgliche Änderung der getroffenen Wahl ist ausgeschlossen.

rung wird merkwürdigerweise auch von Kober[1]) vertreten, obwohl er in folgendem Absatze ausdrücklich das Postulat aufstellt, daß die hier stattfindende Wahl nicht den Vorschriften über die Wahlobligation, sondern den für relative Klagenkonkurrenz geltenden Grundsätzen untersteht. Gegen diese obige Annahme einer Alternativobligation spricht m. E. vor allem die Tatsache, daß die in § 537 enthaltene Mietzinsminderung gar keine Obligation, sondern eine ipso iure eintretende Rechtswirkung ist.

Sodann läßt sich auch aus dem Wortlaute des § 538, der dem Mieter statt der Rechte des § 537 einen Anspruch auf Schadensersatz einräumt, diese Auffassung nicht mit zwingender Notwendigkeit begründen, vielmehr wird man aus der mit anderen Stellen des Bürgerlichen Gesetzbuches übereinstimmenden Terminologie des Gesetzes in § 538 die entgegengesetzte Folgerung ziehen müssen, daß hier der Gesetzgeber ebensowenig wie in § 249 oder § 325 Abs. 1 Satz 3 eine Alternativobligation hat schaffen wollen,[2]) sondern daß auch in § 538 eine facultas alternativa mit Gläubigerwahlrecht normiert ist. Ob eine facultas alternativa auch mit Gläubigerrecht vorkommen kann, ist zwar in der Literatur nicht unbestritten,[3]) wird aber neuerdings von der herrschenden Lehre anerkannt und im Hinblicke auf das Verhältnis der Mietzinsminderung zu dem Schadensersatzanspruch überwiegend vertreten.[4])

Diese Auffassung von dem Verhältnis der beiden Mängelrechte des Mieters führt auch einen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen des Mieters und Vermieters herbei. Will man nämlich den Mieter in allen Fällen bereits mit seiner Erklärung an die von ihm getroffene Wahl in der Geltendmachung seiner Rechte für gebunden erachten, wie dies die zuerst erörterte Ansicht tut, so würde dies besonders mit Rücksicht auf

---

[1]) Kober bei Staudinger Bem. 1a zu § 538 S. 683.

[2]) Planck Bem. 3 zu § 249; Fischer-Henle Bem. 6 zu § 249; Litten, Wahlschuld S. 111 u. 119; Staudinger Bem. 5 zu § 249; Oertmann Bem. 3a zu § 249; and. A. allerdings Pescatore S. 150 Anm. 7; zu § 325 Abs. 1 Satz 3: s. Planck Bem. 2 zu § 325; Langheineken, Anspruch S. 214; Tietze S. 192; Crome Bd. 2 S. 184.

[3]) So insbesondere Pescatore S. 258f., der diese Fälle zu den Wahlobligationen mit Gläubigerwahlrecht zählt und nur in einzelnen Nebenpunkten Besonderheiten anerkennt (s. S. 277 ff.).

[4]) Litten S. 96ff.; Regelsberger in Jherings Jahrb. Bd. 16 S. 159f.; Langheineken S. 211f.; ferner Oertmann Vorbem. zu § 262 Nr. 2bβ; Staudinger Vorbem. zu § 262 Nr. 5; Titze § 10 Anm. 1 S. 196f., insbesondere im Hinblick auf § 538; Mittelstein S. 177f.; Niendorff S. 130; Planck Bem. 1c zu § 538; Oertmann Bem. 2 zu § 538; Tumpowsky S. 63; Seufferts Arch. Bd. 59 Nr. 153.

die Unmöglichkeit eines Rückgriffes vom Schadensersatzanspruch zur Mietzinsminderung zu ganz unbilligen Konsequenzen führen. Klagt z. B. der Mieter einen Schaden ein, der ihm durch einen Sachmangel der Mietsache entstanden ist, und verliert während dieses Prozesses der Vermieter sein Vermögen, so kann der Mieter unter Umständen leer ausgehen. Diese ungerechten Härten werden teilweise gemildert, wenn man mit der herrschenden Ansicht die praktisch wichtigen Folgerungen einer dem Mieter zustehenden facultas alternativa mit Gläubigerrecht zieht.

Im Gegensatze zur Wahlobligation, bei der gemäß § 263 Abs. 2 BGB. die Erklärung bereits das Wahlrecht konsumiert, ist nämlich bei der facultas alternativa das Wahlrecht erst mit der Realisierung des gewählten Rechtes als erloschen anzusehen, da eine Anwendung der Vorschriften der §§ 262f. nicht ohne weiteres Platz greifen kann.[1])

Die Wahl des einen Mängelrechtes schließt die Geltendmachung des anderen also nur nach Maßgabe der dadurch erzielten Befriedigung aus, während dem Mieter bis zu dem Zeitpunkte, in welchem er die gewählte Leistung in Empfang genommen hat, ein ius variandi gelassen ist.

Wählt der Mieter also zunächst den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so kann er, da in diesem Falle die Wahlerklärung und die Realisierung des Rechts keineswegs zusammenfallen, nach der hier vertretenen Auffassung auf die Minderung des Mietzinses noch so lange zurückgreifen, bis der Schadensersatz seitens des Vermieters geleistet oder er mit der Annahme der Leistung in Verzug gekommen ist.

Macht der Mieter dagegen die gänzliche oder teilweise Mietzinsbefreiung geltend, so ist bereits mit der Wahlerklärung sein Wahlrecht konsumiert, da es sich ja in diesem Falle um eine ipso iure eintretende Modifikation der Vertragspflicht handelt und mit der dem Vermieter gegenüber abgegebenen Wahlerklärung die Realisierung des gewählten Rechts von selber eintritt.[2])

In der Tat wird diese Konsequenz auch von einem großen Teile der einschlägigen Literatur gezogen,[3]) nach der also ein

[1]) s. die Ausführungen bei Titze S. 196 § 10 Anm. 1.

[2]) Anders gestaltet sich naturgemäß die Rechtslage, wenn der Mietzins bereits im voraus entrichtet worden ist. Von der condictio ob causam finitam, die dem Mieter in diesem Falle zusteht, kann er noch so lange zur Geltendmachung seines Schadensersatzanspruches übergehen, bis der im voraus bezahlte Mietzins ihm zurückgewährt ist.

[3]) Strauß S. 67; Tumpowsky S. 65; Oertmann Bem. 2 zu § 538; Planck Bem. 1c zu § 538; OLG. Bd. 7 S. 467.

Rückgriff des Mieters von dem in § 537 bezeichneten Rechte auf seinen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ausgeschlossen ist.

Gegenüber dieser m. E. durchaus richtigen Folgerung haben neuerdings Mittelstein und Niendorff[1]) Stellung genommen, indem sie auf das wenig befriedigende Ergebnis dieser Annahme hinweisen. Der Mieter werde in nicht seltenen Fällen beim Vorliegen eines den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigenden Sachmangels zuerst erklären, daß er den Mietzins mindere oder gar keine Miete bezahle, und erst dann, wenn ein weitergehender Schaden hervortrete, auch diesen geltend machen. Wolle man aber dem Mieter, der sich einmal für das eine Recht entschieden hat, die Möglichkeit abschneiden, einen im ersten Augenblicke nicht zutage getretenen, weitergehenden Schaden einzuklagen, so würde man ihn in eine sehr ungünstige rechtliche Lage versetzen. Mittelstein und Niendorff interpretieren infolgedessen das Gesetz dahin, daß der Mieter eine Minderungsbefugnis hat, daß er aber, wenn er einen dadurch nicht gedeckten Schaden erlitten hat, auch diesen geltend machen kann.

M. E. verkennen aber die Vertreter dieser Ansicht vollkommen, daß es sich in § 538 um alternative Befugnisse handelt, was von Mittelstein[2]) auch anscheinend in Abrede gestellt wird. Denn keine andere Absicht kann den Gesetzgeber bei der Fassung des Wortlautes (Der Mieter kann statt . . .) geleitet haben, zumal diese Formulierung an die Stelle des undeutlichen Ausdruckes im 1. Entw. § 506[3]) zur größeren Klarstellung der Rechtslage und zur Beseitigung des Mißverständnisses getreten ist, es seien kumulative Rechte gegeben.

Hat der Mieter sich also einmal für die Minderung des Mietzinses entschieden, so hat er damit zum Ausdrucke gebracht, daß er seinen Schaden in der Höhe des Abzuges veranschlage.

Eine weitere praktische Folgerung unserer Auffassung, daß dem Mieter in § 538 eine weitgehende facultas alternativa verliehen ist, ist die, daß der Mieter mit der Ausübung seines Wahlrechtes nicht in Verzug geraten kann. Denn da der § 264 Abs. 2 keine Anwendung findet, hat der Vermieter nicht das Recht, den Mieter unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl aufzufordern, sondern er muß abwarten,

---

[1]) Niendorff S. 130; Mittelstein S. 178.

[2]) Mittelstein S. 178: „Durch die Fassung des Wortlautes des § 538 ist dem neuen Mißverständnis Raum gegeben, daß es sich um alternative Befugnisse handle".

[3]) § 506 lautete: „Außer den in § 505 (jetzt § 537) bestimmten Rechten".

wie und wann der Mieter seine Rechte geltend macht.[1]) Dies wird sich regelmäßig bei der Klage seitens des Vermieters auf Zahlung des Mietzinses herausstellen.

Als letzte Konsequenz unserer Auffassung sei hier noch angeführt, daß im Prozeß eine Unzulässigkeit der Klageänderung nicht schon mit der Klageerhebung oder einredeweisen Geltendmachung, sondern erst mit der Befriedigung des Wahlberechtigten seitens des verurteilten Vermieters eintritt.[2])

2. Das Verhältnis des Selbsthilferechts zu den Rechten des Mieters aus §§ 537 u. 538 Abs. 1.

In der Literatur findet sich die Ansicht vertreten,[3]) daß bei dem Verhältnis des im Abs. 2 des § 538 normierten Selbsthilferechts des Mieters zu dem Schadensersatzanspruch ebenfalls eine alternative Ermächtigung des Mieters vorliegt, so daß also der Mieter im Falle des Verzuges des Vermieters entweder seinen Schadensersatzanspruch geltend machen o d e r den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann.

Dieser m. E. unrichtigen Auffassung, für die sich aus der Fassung des Gesetzes ein Anhaltspunkt nicht gewinnen läßt, vermögen wir uns nicht anzuschließen. Vielmehr wird das Verhältnis dieser beiden Mängelrechte des Mieters zueinander in der Weise zu konstruieren sein, daß dem Mieter das Selbsthilferecht und der Ersatz seiner Aufwendungen neben dem Mängelrechte aus Abs. 1 zusteht. Diese Annahme ergibt sich aus der Fassung des Gesetzes. Denn während Abs. 1 des § 538 durch die Worte „statt die in § 537 bezeichneten Rechte geltend zu machen“ zu dieser Vorschrift in das Verhältnis einer facultas alternativa getreten ist, ist der Abs. 2 einfach neben dem Abs. 1 des § 538 aufgestellt worden.

Hat der Mieter also bei Verzug des Vermieters dem Mangel selber abgeholfen und verlangt nun von der Gegenseite Rückerstattung der erforderlichen Aufwendungen, so wird hierdurch ein Recht auf Ersatz eines weitergehenden Schadens keineswegs

---

[1]) Tumpowsky S. 66; Mittelstein S. 178; Staudinger Bem. 1 a zu § 538; fälschlich auch Fuld S. 69, der doch die §§ 262 f. für anwendbar erklärt. And. A. Pescatore S. 273, der einer analogen Anwendung das Wort redet.

[2]) Seufferts Arch. Bd. 59 Nr. 153; Rechtspr. d. OLG. (Cassel) Bd. 7 S. 467.

[3]) Pescatore S. 265.

berührt,[1]) der z. B. dadurch hervorgerufen ist, daß der Mieter vom Augenblicke des Verzuges ab bis zur Beseitigung des Mangels den Gebrauch der gemieteten Sache hat entbehren müssen.

Die gleiche Erörterung gilt für die rechtliche Beziehung, in der das Selbsthilferecht des Mieters zu der Mietzinsminderung oder Befreiung von der Entrichtung desselben steht, eine Beziehung, die in der Literatur noch keine Erörterung gefunden hat.

Einmal hat natürlich auch hier der Mieter die Wahl, ob er das Recht, den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen, oder die Rechte des § 537 geltend machen will. Doch kann man auch hier nicht von einer facultas alternativa sprechen, denn in vielen Fällen ist die Abstellung eines Sachmangels nicht nur ein Recht, sondern auch eine Verpflichtung des Mieters, wenn z. B. der Vermieter verhindert und bei Aufschub der Beseitigung des Mangels Gefahr im Verzuge ist. Kommt der Mieter nun einer solchen Verpflichtung nach, so kann dies doch keinen Ausschluß seiner ihm zustehenden Rechte zur Folge haben. Der Mieter kann also das Beseitigungsrecht auch neben dem anderen Mängelrechte ausüben, indem er den Sachmangel selber abstellt und für die Zeit bis zur Beseitigung, in der ja infolge des Mangels die Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche beeinträchtigt war, die Minderung des Mietzinses geltend macht oder gar keinen bezahlt.

Auch kann unter Umständen bei nur teilweiser Beseitigung des Mangels noch immer eine Minderung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache gegeben sein, auf Grund deren der Mieter auch nur zur Entrichtung eines geminderten Mietzinses verpflichtet bleibt. Demgemäß steht auch dieses Recht des Mieters, den Mangel selber zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen, zu dem in § 537 bezeichneten Mängelrechte im Verhältnis der Kumulation.

3. Das Verhältnis des Kündigungsrechts zu den übrigen Mängelrechten des Mieters.

Die dem Mieter in den §§ 537 u. 538 gewährten Mängelrechte stehen, was in der Literatur auch nicht bestritten ist,[2])

---

[1]) Planck Bem. 2 zu § 538; Brückner S. 62; Mittelstein S. 173; Oertmann Bem. 2 (letzter Absatz) zu § 538; Goldmann-Lilienthal § 154 III S. 551; Kuhlenbeck Bem. 2 zu § 538.

[2]) Staudinger Bem. I, 4a zu § 542; Planck Bem. 5a zu § 542; Mittel-

zu dem sofortigen Kündigungsrechte in dem Verhältnis der Kumulation.

Hinsichtlich der Mietzinsminderung enthält schon der 1. Entwurf[1]) eine dies klarstellende Bestimmung, und sie war auch bezüglich des Schadensersatzanspruches von der 2. Kommission beschlossen, ist aber später als selbstverständlich wieder gestrichen worden.[2]) Diese Annahme ergibt sich auch aus der juristischen Natur der Kündigungsbefugnis. Denn da die Kündigung im Gegensatze zum Rücktritte ex nunc wirkt, das Mietverhältnis also erst in dem Zeitpunkte, in welchem dem Vermieter die Kündigungserklärung zugegangen ist, aufgelöst wird, bleibt der bisherige rechtliche Bestand der Miete unberührt. Der Mieter kann infolgedessen für die Zeit bis zur Beendigung des Mietverhältnisses gemäß § 537 Befreiung von der Entrichtung des Mietzinses oder Minderung desselben geltend machen oder nach § 538 Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen, sofern nur die Voraussetzungen dieser Rechte gegeben sind.[3])

In vielen Fällen wird in der Kündigung des Mieters nur eine Folge der fruchtlosen Ausübung der beiden anderen Mängelrechte zu erblicken sein. Unzweifelhaft schließt die Anwendung des § 542 aber auch die gleichzeitige oder gar spätere Geltendmachung der Mietzinsminderung oder des Anspruches auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht aus, da der Mieter diese beiden Mängelrechte bereits vor dem Zeitpunkt der Kündigung erworben hat.

Hinsichtlich des Anspruches auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung wird in einer Entscheidung des Reichsgericht[4]) die Frage erörtert, ob dieser Anspruch neben dem Kündigungsrechte auch dann mit Erfolg geltend gemacht werden kann, wenn zwar die ihn begründenden Ereignisse im Sinne des § 538 in die Zeit des Bestehens des Vertrages fallen, die den Inhalt und Umfang des Schadens bestimmenden Tatsachen aber erst nach der durch

---

stein S. 193; Crome Bd. 2 S. 541; Cosack Bd. 1 § 135 Nr. 4c S. 556; Oertmann Bem. 3 zu § 542; Tumpowsky S. 90; Brückner S. 68; Goldmann-Lilienthal § 154 Nr. IV, 6 S. 553; Borcherdt S. 52; Niendorff S. 120.

[1]) 1. Entw. § 530 Satz 2.

[2]) Prot. II Bd. 2 S. 229, 513, 514 Anm. 1.

[3]) Arnold (S. 61) gibt dem Mieter den Schadensersatz mit Einschluß der Umzugskosten nur dann, wenn der Vermieter den die Kündigung rechtfertigenden Grund zu vertreten hat, was m. E. nicht der richtige Gesichtspunkt ist, da es allein auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 538 ankommt.

[4]) RGE. Bd. 64 S. 381 ff.

die Kündigungserklärung des Mieters hervorgerufenen Auflösung des Mietverhältnisses zutage treten.

Diese Frage ist mit dem Reichsgericht zu bejahen, da in diesen Fällen der Ersatz eines Schadens geltend gemacht wird, der nicht durch die Beendigung des Mietverhältnisses infolge der Kündigung verursacht worden ist, sondern in der zeitlich vor der Kündigung liegenden mangelhaften Erfüllung des Mietvertrages seitens des Vermieters seinen Grund hat.[1]) Und dies allein ist m. E. der hier ausschlaggebende Gesichtspunkt.

Ob der Mieter dagegen, wenn er von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht, vom Vermieter auch den Ersatz des Schadens beanspruchen kann, der ihm infolge der vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses z. B. durch die Kosten des Umzuges oder anderer Mehraufwendungen erwachsen ist, bildet eine andere, in der Literatur höchst bestrittene Frage, die in diesem Zusammenhange näher erörtert werden soll.

Die eine in der Literatur vertretene Ansicht[2]) gibt dem Mieter im Falle der Kündigung, wenn eine der drei gesetzlichen Voraussetzungen des § 538 vorliegt, einen unbedingten Ersatzanspruch wegen des durch die Auflösung des Mietverhältnisses entstandenen Schadens, ohne diese Annahme aber näher zu begründen.

Cosack und Titze[3]) gehen nicht so weit, dem Mieter einen Anspruch auf Ersatz des positiven Erfüllungsinteresses zuzuerkennen, sondern geben ihm neben der Kündigungsbefugnis nur die Geltendmachung des negativen Vertragsinteresses. Nach dieser Ansicht kann der Mieter also den Ersatz desjenigen Schadens verlangen, den er dadurch erlitten hat, daß er auf die Gültigkeit und den Fortbestand des Mietvertrages vertraute und mit einer vollständigen Erfüllung des Vertrages seitens des Vermieters gerechnet hatte.

Gegen diese beiden Annahmen wird von einigen Vertretern der anderen Ansicht, welche die Klage nach einem Schadensersatzanspruch bedingungslos verneint, einmal vorgebracht, daß die Kündigungsbefugnis hier offenbar nur das allgemeine Rück-

---

[1]) Staudinger Bem. I, 4a zu § 542; Strauß S. 75/76; Mittelstein S. 193; Oertmann Bem. 4a zu § 542 S. 553; Neumann Bem. 5 zu § 542; Rudelsberger S. 78.

[2]) Dernburg § 218V S. 192; Enneccerus Bd. 1 § 350IV, 1f. S. 896; Kipp-Windscheid Bd. 2 § 400, 4c S. 731; anscheinend auch Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 279; Fuld S. 65; Strauß S. 75/76; Goldmann-Lilienthal § 154 Nr. 6 S. 553; Recht 1909 Nr. 1119.

[3]) Cosack Bd. 1 § 135II, 4c S. 556; Titze S. 286b.

trittsrecht vertritt.[1]) Wenn man also neben der Kündigung die Geltendmachung eines durch diese hervorgerufenen Schadens anerkennen wollte, so läge hierin eine Verletzung des Grundsatzes, daß der Gläubiger bei Unmöglichkeit der Erfüllung nicht gleichzeitig zurückzutreten und Schadensersatz verlangen kann.

Die Hinfälligkeit dieser Behauptung ist bereits oben klar nachgewiesen worden, da wir es in § 542 nicht mit einem zurückwirkenden Rücktrittsrechte, sondern mit einem besonderen, dem Mieter eigens eingeräumten Kündigungsrechte zu tun haben.

Andererseits wird von Staudinger und Tumpowsky,[2]) den Hauptvertretern der letzteren Ansicht, zur Entkräftigung der Geltendmachung des negativen Vertragsinteresses im Falle der Kündigung das gesetzlich sofortige Kündigungsrecht des Vermieters zum Vergleiche herangezogen. Wenn es nämlich unbillig sei und vom Gesetze weder ausdrücklich gewollt noch stillschweigend anerkannt werde, daß der Vermieter, der den Mieter gemäß § 553 wegen fortgesetzten vertragswidrigen Gebrauches exmittiert habe, noch Schadensersatz verlangen könne, etwa weil die Wohnung leer stehe, ebensowenig könne auf der anderen Seite dem Mieter, der von seinem sofortigen Kündigungsrechte Gebrauch mache, daneben noch ein Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses zustehen. Diese Argumentation, der wir uns nicht anzuschließen vermögen, ist m. E. in hohem Grade bedenklich.

Zuzugeben ist m. E., daß ein Anspruch auf Ersatz des positiven Erfüllungsinteresses nicht aus dem § 538 herzuleiten ist, da die Kündigung des Mieters eine sofortige Auflösung des Mietverhältnisses bewirkt und hiermit die obligatorischen Verpflichtungen beider Parteien für die Zukunft und die für das Mängelrecht des Mieters geschaffene rechtliche Basis des § 538 in Wegfall gekommen ist.

Wenn das Gesetz auch nur in verhältnismäßig wenigen Fällen ein Recht auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses ausdrücklich normiert hat,[3]) so gibt es doch unzweifelhaft viele Fälle, in denen man ein solches Recht dem einen oder anderen Kontrahenten stillschweigend zubilligen muß.[4]) Aus dem Um-

[1]) Staudinger Bem. I, 4b zu § 542; Tumpowsky S. 91 ff.; Arnold S. 61/62; Planck Bem. 5a zu § 542; Borcherdt S. 52; Oertmann Bem. 4b zu § 542, s. §§ 325, 326; insoweit stimmt Cosack a. a. O. zu; Beradt S. 70 ff.

[2]) Tumpowsky S. 92; Staudinger Bem. I, 4b zu § 542 und Bem. II zu § 553.

[3]) s. §§ 122, 179 Abs. 2 und 307 BGB.

[4]) s. z. B. Titze, Unmöglichkeit S. 96/97, 185/86, besonders Anm. 38.

stande also, daß der Gesetzgeber bei dem sofortigen Kündigungsrechte des Mieters die ausdrückliche Statuierung eines Rechtes auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses unterlassen hat, darf m. E. nicht gefolgert werden, daß dem Mieter ein derartiges Recht überhaupt nicht zusteht, sondern es ist zunächst zu untersuchen, ob dieses Recht sich nicht aus den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ergibt.

Eine Heranziehung der allgemeinen Vorschriften, die von der Literatur zugegeben[1]) und auch vom Reichsgericht in mehreren Entscheidungen grundsätzlich vertreten wird,[2]) erscheint nun m. E. in allen den Fällen geboten, in denen der Vermieter durch sein Verschulden oder durch das von ihm zu vertretende Verschulden anderer dem Mieter begründeten Anlaß zur Kündigung gegeben hat. Es entspricht den allgemeinen Grundsätzen eines jeden kontraktlichen Verhältnisses, daß derjenige, der durch sein vertragswidriges Verhalten den Grund zur Auflösung des Vertrages gegeben hat, dem anderen Teile zum Ersatze des durch die Aufhebung des Vertragsverhältnisses entstandenen Schadens verpflichtet ist.[3])

Diese Auffassung hat für den Dienstvertrag in § 628 eine ausdrückliche Regelung erfahren, dessen Abs. 2 folgendermaßen lautet:

> „Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlaßt, so ist dieser zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstandenen Schadens verpflichtet".

Diese Vorschrift charakterisiert sich nicht als eine Ausnahme, sondern, wie die Motive[4]) noch besonders zu ihrer Begründung hervorheben und auch vom Reichsgericht[5]) angenommen wird, als eine Konsequenz der allgemeinen Grundsätze und läßt sich also zum Belege der hier vertretenen Ansicht anführen.

Somit wird auch der Vermieter schon nach allgemeinen

---

[1]) Staudinger Bem. I zu § 537; Crome Bd. 2 S. 540; Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 260ff.; Brückner S. 60f.; vor allem insbesondere die Ausführungen von Oertmann Bd. 2 Vorbem. 4 vor § 535.

[2]) RGE. Bd. 62 S. 228, Bd. 64 S. 381.

[3]) s. auch Mittelstein S. 194; Niendorff S. 124f.; Fuld S. 65; Rudelsberger S. 78; Strauß S. 75/76; Rechtspr. d. OLG. Bd. 13 S. 361; s. auch HGB. § 70 Abs. 2.

[4]) Mot. Bd. 2 S. 470. Daß diese Regelung eine Folgerung der allgemeinen Rechtsgrundsätze ist, ergibt sich auch aus dem ALR. I, 11 § 878. 5, dem bayr. Entw. § 503 Abs. 2, 3 und dem schweiz. Obligationenrecht S. 346.

[5]) RGE. Bd. 47 S. 248.

Rechtsgrundsätzen für die Folgen eines solchen vertragswidrigen Verhaltens einzustehen haben, und dem Mieter, der sich aus diesem Grunde zu der Kündigung des Mietverhältnisses gezwungen sieht, wird man das Recht einräumen müssen, einen ihm durch die vorzeitige Beendigung des Mietverhältnisses erwachsenen Schaden geltend zu machen, ein Ergebnis, das durchaus der Billigkeit entspricht.

Der Mieter wird m. E. aber nicht das volle positive Erfüllungsinteresse, sondern nur den Ersatz desjenigen Schadens verlangen können, den er dadurch erlitten hat, daß er mit der zeitlich vollständigen Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauches der gemieteten Sache gerechnet, somit auf ein Fortbestehen und auf eine gänzliche Erfüllung des Mietvertrages vertraut hat. Der Ersatzanspruch charakterisiert sich demnach als eine Art negativen Geschäfts- oder Vertrauensinteresses und umfaßt den Schaden, der nicht eingetreten wäre, wenn der Mieter mit der vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses hätte rechnen können.[1])

Zu den Nachteilen, die dem Mieter daher zu ersetzen sind, gehören z. B. Reparaturkosten und Mehraufwendungen für ein Unterkommen, das der Mieter bis zur Beschaffung einer anderen Wohnung in einem Hotel hat nehmen müssen, sowie diejenigen Umzugskosten, die dem Mieter nicht entstanden wären, wenn er die vorzeitige Beendigung des Mietverhältnisses gewußt hätte; er muß z. B. ein teueres Transportinstitut benutzen.

Bei dem Verhältnis des Kündigungsrechtes zu den übrigen Mängelrechten des Mieters ist endlich noch die rechtliche Beziehung zu erörtern, in welcher die Kündigungsbefugnis zu dem in Abs. 2 des § 538 normierten Mängelrechte des Mieters steht, den Fehler selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen, eine Frage, welcher die Literatur bisher noch nicht näher getreten ist.

Aus dem Wesen dieser verschiedenartigen Mängelrechte ergibt sich sogleich die wichtige Folgerung, daß diese Befugnisse des Mieters sich regelmäßig gegenseitig ausschließen, da bei der Geltendmachung des einen Rechtes die erforderlichen Voraussetzungen für die Ausübung des anderen Rechtes nicht mehr vorliegen.

Wählt der Mieter also das ihm in § 538 Abs. 2 verliehene Selbsthilferecht und beseitigt den Mangel selber, dann ist ihm die Kündigungsbefugnis schon aus dem Grunde entzogen, weil

---

[1]) Im Ergebnis also übereinstimmend mit Cosack und Titze, die jedoch ihre Ansicht nicht begründen.

eine Beeinträchtigung des vertragsmäßigen Gebrauches infolge des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft oder eines Sachmangels, dem er ja selber abgeholfen hat, nicht mehr gegeben ist. Er wird dann lediglich den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen vom Vermieter fordern können, und selbst wenn er diesen Ersatz vom Vermieter nicht erlangen kann, wird ihm ein Kündigungsrecht aus demselben Grunde versagt bleiben.

Macht der Mieter bei dem Vorhandensein eines Sachmangels, mit dessen Beseitigung der Vermieter in Verzug geraten ist, sein Kündigungsrecht geltend, so schließt die Ausübung dieses Mängelrechtes das Selbsthilferecht des Mieters aus, da mit der ex nunc eintretenden Wirkung das Mietverhältnis für die Zukunft aufgehoben und somit die rechtliche Grundlage für das Recht des Mieters, den Mangel selbst zu beseitigen, weggefallen ist.

Zuletzt mag noch erwähnt sein, daß dem Mieter seine übrigen Mängelrechte gleichwohl gewahrt bleiben, wenn ihm infolge unerheblicher Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauches ein Kündigungsrecht nicht zusteht.

4. Verhältnis der Mängelrechte des Mieters zu dem Anspruche auf Erfüllung.

Die erste Aufgabe der folgenden Darstellung ist es, für den Mängelanspruch des Mieters und seinen Erfüllungsanspruch den Zeitpunkt festzulegen, in welchem sie zuerst vom Mieter geltend gemacht werden können, und die aus dem gewonnenen Resultate sich ergebenden Konsequenzen zu erörtern.

Voraussetzung für diese Betrachtung ist aber stets, daß der Abschluß des Mietvertrages und die Überlassung der Mietsache zeitlich auseinanderfallen; ich miete z. B. eine Wohnung am 1. Mai, in der noch Reparaturen erforderlich sind, und setze dem Mieter hierzu eine „angemessene“ Frist.

In der Literatur finden wir die Ansicht[1]) vertreten, daß die Gewährleistungspflicht des Vermieters ebenso wie seine Erfüllungspflicht auf dem Mietvertrage beruht, und wenn dieser gültig ist, bereits mit dem Vertragsabschluß zur Entstehung gelangt.

Somit liegt die Folgerung nahe, daß der Gewährleistung des Vermieters entsprechend dem Mieter auch bereits bei Ab-

[1]) Schollmeyer in Jherings Jahrb. Bd. 49 S. 93; Moser, Diss., Berlin 1906, S. 20; Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 261; Crome Bd. 2 § 235 Anm. 5 S. 57.

schluß des Vertrages oder in der Zeit zwischen Vertragsabschluß und der Überlassung der Mietsache in allen Fällen ein Mängelanspruch zusteht, in denen ein die Mietsache beeinträchtigender Mangel zutage tritt.

Diese Folgerung scheint mir in ihrem Prinzip zu berechtigten Zweifeln Anlaß zu geben.

Von Bedeutung wird ein die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche beeinträchtigender Sachmangel für den Mieter regelmäßig zuerst in dem Zeitpunkte, in welchem die Überlassung der Mietsache durch den Vermieter nach dem Inhalte des Vertrages oder den Umständen zu erfolgen hat. Denn von diesem Zeitpunkte an muß die Mietsache sich in einem solchen Zustande befinden, daß der Mieter jederzeit in der Lage ist, sie in den vertragsmäßigen Gebrauch zu nehmen. Hingegen kann es dem Mieter vollkommen gleichgültig ist, ob und welche Fehler der Mietsache in der Zeit zwischen dem Vertragsabschluß und der Überlassung anhaften, sofern sie nur in diesem Zeitpunkte wieder behoben sind. Grundsätzlich steht dem Vermieter daher auch die Geltendmachung seiner im Gesetze normierten Mängelrechte in dem Zeitpunkte zuerst zu, in welchem ihm die mit Fehlern behaftete Mietsache überlassen wird oder in welchem die Überlassung hätte erfolgen müssen, wenn nicht der Fehler eine Unmöglichkeit in der Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauches herbeigeführt hätte, während m. E. der Mieter vor dieser Zeit grundsätzlich keinen Mängelanspruch geltend machen kann.

Dieses Prinzip ergibt sich für die Mietzinsminderung und das Kündigungsrecht aus dem Wortlaute des Gesetzes, welches im ersten Falle ausdrücklich von einer Aufhebung oder Minderung der Gebrauchstauglichkeit „zur Zeit der Überlassung“ spricht und in § 542 die „nicht rechtzeitige Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauches“ zur Hauptvoraussetzung für die Ausübung des Kündigungsrechtes erhebt. Daher ist eine Kündigungsbefugnis vor dem Beginn des Mietverhältnisses bereits oben abgelehnt worden.

Eine Ausnahme von dieser Regel scheint der dem Mieter in § 538 gewährte Schadensersatzanspruch in denjenigen Fällen zu sein, in denen die ihn begründenden Mängel bereits bei dem Vertragsabschlusse vorhanden oder in der Zeit zwischen Vertragsabschluß und Überlassung der Sache infolge eines vom Vermieter zu vertretenden Umstandes entstanden sind. Zweifellos ist der Mängelanspruch des Mieters im ersteren Falle — Unkenntnis des Mieters vorausgesetzt — bereits mit dem Abschluß

des Mietvertrages, im zweiten Falle in der Zeit zwischen Vertragsabschluß und Überlassung der Sache zur Entstehung gelangt.

Doch wird man hinsichtlich seiner Ausübung die notwendige Unterscheidung zwischen unabstellbaren und abstellbaren Mängeln treffen müssen. Kann ein die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache beeinträchtigender Mangel nicht beseitigt, oder eine zugesicherte Eigenschaft nicht hergestellt werden, oder führt ein Fehler sogar die Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung herbei, so wird man dem Mieter das Recht zugestehen müssen, seinen Mängelanspruch bereits vor dem Zeitpunkte der Überlassung der Mietsache klageweise zur Geltung zu bringen.

Ist die Beseitigung des Mangels jedoch noch möglich, liegen also abstellbare Fehler vor, so wird dem Mieter m. E. auch die Geltendmachung dieses Mängelanspruches frühestens in dem Augenblicke der Überlassung der Mietsache zustehen, da hier eine Abstellung des Mangels seitens des Vermieters bis zu diesem Zeitpunkte immerhin noch erfolgen konnte.

Im Gegensatze zu dem Mängelanspruch des Mieters kann sein Anspruch auf Erfüllung bereits in der Zeit zwischen dem Vertragsabschluß und der Überlassung der Mietsache immer geltend gemacht werden. Der Mieter kann also — unbestritten in den Fällen, in denen im Mietvertrage über den Zeitpunkt der Gebrauchsgewährung nichts vereinbart worden ist — sogleich nach Vertragsabschluß beanspruchen, daß der Vermieter die Mietsache zu dem vertragsmäßigen Gebrauche instand setze. Er kann deshalb, was auch durch die Aufnahme des § 536 zum Ausdruck gelangen sollte, bereits vor Überlassung der Mietsache vom Vermieter verlangen, daß er die zugesicherten Eigenschaften herstelle und alle den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigenden Fehler beseitige.

Der Anspruch des Mieters auf Beseitigung von Mängeln oder der Anspruch des Mieters auf Überlassung der vermieteten Sache in mangelfreiem Zustande charakterisiert sich also als ein Anspruch auf Vertragserfüllung,[1]) und somit ist für die Miete die für den Kauf so lebhaft erörterte Streitfrage zur Hebung gelangt, ob der Anspruch auf Lieferung einer fehlerfreien Sache ein Erfüllungsanspruch[2]) oder lediglich ein Gewährleistungs-

---

[1]) Dernburg Bd. 2, 2 § 218 II S. 191; Mittelstein S. 126, insbes. S. 154; Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 263; Goldmann-Lilienthal § 153 S. 546; Staudinger Bem. 2 zu § 536 S. 792; Strauß S. 59; Mot. Bd. 2 S. 373.

[2]) Dernburg § 185 I; Mot. Bd. 2 S. 252; RGE. Bd. 52 S. 19, Bd. 53 S. 200 f., Bd. 56 S. 169; Planck Bem. 1 zu § 480; Düringer-Hachenburg S. 81 f III.

anspruch[1]) ist, und ob demgemäß dem Gläubiger die aus der ersten Annahme sich ergebenden weitergehenden Rechte zustehen, oder er nur seine Mängelansprüche geltend machen kann.

Aus der Auffassung, daß bei der Miete der Anspruch auf Überlassung einer fehlerfreien Sache zweifellos ein Erfüllungsanspruch ist, ergeben sich mehrere wichtige Konsequenzen. Wird dem Mieter eine fehlerhafte Sache oder eine solche Mietsache angeboten, welche nicht die zugesicherten Eigenschaften besitzt, so ist der Mieter berechtigt, die Annahme einer ihm derartig fehlerhaft angebotenen Sache zu verweigern, weil ein solches Angebot kein dem Vertrage entsprechendes ist.

Handelt es sich dabei um die Miete einer nur der Gattung nach bestimmten Sache, so kann der Mieter nicht nur die Überlassung der mangelhaften Sache zurückweisen, sondern auch die Gewährung einer fehlerfreien Mietsache an Stelle der fehlerhaften verlangen.[2]) Verweigert der Mieter die Annahme einer Mietsache, welche mit Fehlern behaftet ist oder eine zugesicherte Eigenschaft nicht besitzt, so kann er ferner nicht in Annahmeverzug kommen, da ihm ja die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich nicht angeboten worden ist.[3])

Der Vermieter dagegen genügt durch Überlassung einer mangelhaften Sache oder, falls er eine bestimmte Eigenschaft zugesichert hat, durch Überlassung einer diese Eigenschaft ermangelnden Mietsache seiner vertraglichen Erfüllungspflicht nicht. Weist der Mieter also die mangelhafte Sache zurück, so kann der Vermieter in Erfüllungsverzug kommen, wenn er auf die Aufforderung zur Überlassung einer mangelfreien Sache dem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch einer solchen nicht rechtzeitig gewährt.[4])

Ist die Zeit für die Überlassung der Mietsache, der Zeitpunkt also, in welchem die Verpflichtung des Vermieters fällig wird, nach dem Kalender bestimmt, so befindet sich der Vermieter durch Zurückweisung der fehlerhaften Sache seitens des Mieters in diesem Zeitpunkte schon ohne weiteres im Leistungsverzuge.

---

[1]) Schollmeyer in Jherings Jahrb. Bd. 49 S. 94f.

[2]) Mittelstein S. 178; Planck Bem. 5c zu § 542; Oertmann Bem. 4 zu § 536. Schon aus dem Grunde wird dem Mieter das Recht zustehen, die fehlerhafte Sache zurückzuweisen, weil er, wenn er die mangelhafte Sache annimmt, obschon er den Mangel kennt, prinzipiell seinen Mängelan-pruch gemäß § 539 Satz 2 verliert.

[3]) [4]) Dernburg § 185 I; Planck Bem. 1 zu § 480; Oertmann Bem. 2b zu § 480.

Zusammenfassend gelangen wir demgemäß zu folgendem Ergebnis. Während dem Mieter bei dem Zustandekommen des Mietvertrages oder in der Zeit zwischen Vertragsabschluß und Überlassung der Mietsache ein Mängelrecht — abgesehen von dem Schadensersatzanspruch wegen unabstellbarer Mängel — prinzipiell nicht zusteht, kann der Mieter in der Zwischenzeit bereits seinen Erfüllungsanspruch stets geltend machen und insbesondere die Annahme einer fehlerhaften oder eine zugesicherte Eigenschaft ermangelnden Mietsache verweigern.

Erörtern wir nun in folgendem das Verhältnis, in welchem die einzelnen Mängelrechte des Mieters zu seinem Erfüllungsanspruch im Zeitpunkte der Überlassung und insbesondere während der Dauer des Mietverhältnisses stehen. Im wesentlichen gestaltet sich diese Beziehung in der Weise, daß dem Mieter die Mängelrechte teils neben dem Anspruche auf Vertragserfüllung zustehen, teils letzterer Anspruch durch die Geltendmachung der Mängelrechte ausgeschlossen wird.

Soweit sich nämlich der Anspruch auf Vertragserfüllung als ein Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache darstellt und somit das Recht des Mieters begründet, die Annahme einer mangelfreien Sache zu verweigern, ist folgender Grundsatz aufzustellen:

Wird dem Mieter eine mangelhafte Mietsache überlassen oder eine Mietsache, welche nicht die zugesicherten Eigenschaften hat, so kann er sich entweder nur auf den Standpunkt stellen, daß eine Erfüllung des Mietvertrages nicht stattgefunden hat, da die Mietsache nicht in einem dem Vertrage entsprechenden Zustande überlassen worden ist. Er muß sie dann als Nichterfüllung zurückweisen, kann die Folgen aus dem Leistungsverzuge gegen den Vermieter geltend machen oder auf die allgemeinen Grundsätze wegen Nichterfüllung des Vertrages zurückgreifen, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, jedoch ist ihm dann die Geltendmachung seiner Mängelrechte versagt.

Oder der Mieter nimmt eine mit Fehlern behaftete Mietsache vorbehaltlich seiner Rechte an, behandelt sie also als vertragliche, wenn auch mangelhafte Leistung, und ist dann auf die Geltendmachung seiner Gewährleistungsansprüche beschränkt. Bei dieser Alternative schließt also die eine Möglichkeit die andere aus.

Wenn somit in der weiteren Darstellung das Verhältnis der einzelnen Mängelrechte zu dem Erfüllungsanspruche erörtert werden soll, so kann in diesem Zeitabschnitte der Miete unter dem Anspruche auf Erfüllung nur der Anspruch auf Herstellung

des vertragsmäßigen Zustandes der bestimmten überlassenen Mietsache oder auf Beseitigung der die Tauglichkeit dieser Mietsache beeinträchtigenden Mängel verstanden werden. Im einzelnen ergibt sich folgendes:

Da der Vermieter gemäß § 536 die Mietsache in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande nicht nur zu überlassen, sondern sie auch in diesem Zustande während der Mietzeit zu erhalten hat, steht dem Mieter in jedem Zeitpunkt der Mietsdauer ein Anspruch auf Erfüllung, d. h. auf Beseitigung eines Sachmangels, sobald ein solcher den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache beeinträchtigt, und auf Herstellung einer zugesicherten Eigenschaft zu, falls diese nicht vorhanden ist oder später wegfällt. Liegt eine solche Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit vor, so kann der Mieter außerdem für die Zeit, während deren die Tauglichheit der Mietsache aufgehoben oder gemindert ist, von seinen in § 537 normierten Mängelrechten Gebrauch machen. Hieraus ergibt sich die Folgerung, daß der Anspruch des Mieters auf Herstellung eines zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustandes oder, präziser ausgedrückt, auf Beseitigung eines Sachmangels zu der Mietzinsminderung oder Befreiung von der Entrichtung desselben in dem Verhältnisse der Kumulation steht.[1])

Schwieriger gestaltet sich die Beantwortung der Frage, in welchen Beziehungen zueinander der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und der Erfüllungsanspruch des Mieters bei der Ausübung der einen oder anderen Befugnis stehen. Macht der Mieter nach § 538 den „Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung“ geltend, wenn eine der dort normierten Voraussetzungen vorliegt, so erscheint es im ersten Augenblicke paradox, neben diesem Anspruche wegen Nichterfüllung noch von einem Erfüllungsanspruche oder einem Anspruche auf Beseitigung von Sachmängeln zu sprechen. Da diese Darstellung aber im Hinblicke auf die juristische Natur und das Wesen der Miete von dem Grundsatze ausgeht, daß der dem Mieter in § 538 gewährte Schadensersatz nicht an die Stelle des gesamten zweiseitigen Schuldverhältnisses schlechthin tritt, sondern sich als das Surrogat für die Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Vermieters in dem einen Zeitteile charakterisiert, so wird man dem Mieter, der diesen Schadensersatz fordert, grundsätzlich nicht einen Anspruch auf Erfüllung der

[1]) Mittelstein S. 178; Niendorff S. 107; Tumpowsky S. 64; Staudinger Bem. A, 2 zu § 536 und Bem. II, 2 b ε zu § 537; Planck Bem. 4 zu § 537; Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 264.

Verpflichtung des Vermieters in den anderen Zeitteilen der Miete versagen dürfen.

Es ist also folgende Unterscheidung zu treffen: Ist dem Mieter durch den infolge eines Sachmangels verspätet gewährten Gebrauch der Mietsache seitens des Vermieters ein Schaden entstanden, so steht dem Mieter das Recht zu, Erfüllung, d. h. Beseitigung des Mangels, und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verlangen.[1])

Hat z. B. A von B ein Zimmer gemietet, das er aber die ersten fünf Tage nicht benutzen kann, weil der Ofen raucht, so kann er von B die Beseitigung des Fehlers und gleichzeitig den Ersatz des Schadens beanspruchen, der ihm durch den teureren Aufenthalt in einem Hotel erwachsen ist. In diesem Falle sind dem Mieter also beide Gerechtsame kumulativ gegeben.

Hat der Mangel dagegen eine Nichterfüllung des Mietvertrages während der ganzen Mietzeit zur Folge, so kann dem Mieter, der seinen Schaden wegen vollständiger Nichterfüllung der kontraktlichen Verpflichtung des Vermieters geltend macht, ein Anspruch auf Erfüllung naturgemäß nicht mehr zustehen.

Übt der Mieter das ihm in § 538 Abs. 2 gewährte Selbsthilferecht aus, hat er also dem Mangel selber abgeholfen und beansprucht nun vom Vermieter den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen, so ist hierdurch selbstverständlich der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen. Bis zur Geltendmachung dieses Mängelrechtes laufen aber beide Gerechtsame nebeneinander her, da hier der Normalfall des § 538 Abs. 2 dann eintritt, wenn der Mieter zunächst vom Vermieter die Abstellung des Mangels verlangt und bei dem Verzug des letzteren die Beseitigung des Mangels selber vornimmt.

Für das Verhältnis endlich, in welchem das sofortige Kündigungsrecht des Mieters zu seinem Anspruche auf Beseitigung eines Sachmangels steht, ist die Wahl des Mieters in der Geltendmachung seiner Mängelrechte von entscheidender Bedeutung. Hat nämlich der Mieter sich für das Kündigungsrecht entschieden, so ist mit der ex nunc eintretenden Wirkung der Kündigungserklärung dem Mietverhältnis in dem Augenblicke ein Ende gesetzt, in welchem die Erklärung dem Vermieter zugegangen ist, und infolgedessen kann der Mieter nicht mehr auf seinen Anspruch zurückgreifen, daß der Vermieter

---

[1]) Strauß S. 67; Mittelstein S. 178; Tumpowsky S. 69; Staub Komm. § 374 Abs. 2; Borcherdt S. 42; Crome Bd. 2 § 236 S. 546.

den Mangel beseitige oder eine nicht vorhandene, aber zugesicherte Eigenschaft herstelle. Denn durch die Geltendmachung des Kündigungsrechtes sind dem Erfüllungsanspruche die rechtlichen Grundlagen entzogen worden.[1])

Ist jedoch die Erklärung der Kündigung dem Vermieter gegenüber zwar noch nicht abgegeben worden, die vom Mieter gesetzte angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels aber fruchtlos abgelaufen, so wird dem Mieter, was auch in der Literatur nicht bestritten ist,[2]) immer noch das Wahlrecht zustehen, ob er bei dem Vertrage stehen bleiben und die Beseitigung eines Mangels oder die Herstellung einer fehlenden, aber zugesicherten Eigenschaft verlangen, oder ob er das Mietverhältnis aufheben will. Denn in diesem Falle bestimmt das Gesetz, anders als in ähnlichen Fällen, nichts darüber, daß der Anspruch auf Erfüllung nach dem Ablaufe der Frist ausgeschlossen sei.

Während die erfolgte Kündigung demnach den Anspruch auf Erfüllung ausschließt, verliert dagegen der Mieter dadurch, daß er zunächst seinen Anspruch auf Beseitigung eines Mangels geltend macht, nicht ohne weiteres das ihm in § 542 gegebene Kündigungsrecht.[3]) Er kann es vielmehr auch dann ausüben, wenn er z. B. die Ausbesserung eines während der Mietzeit hervorgetretenen Mangels verlangt oder zugelassen hat, die anfänglich nur kurze Zeit zu erfordern schien, allmählich aber den Charakter eines Umbaues annimmt. Denn in allen Fällen, in denen eine Beseitigung des Mangels seitens des Vermieters überhaupt nicht in Angriff genommen oder zwar angefangen, aber nicht durchgeführt worden ist, werden regelmäßig die eine Kündigung rechtfertigenden Voraussetzungen des § 542 noch gegeben sein. Doch wird der Mieter, wenn die von ihm geforderte Beseitigung eines Mangels seitens des Vermieters begonnen worden ist, unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu erwägen haben, ob die Ausübung des Kündigungsrechtes keinen Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben bildet.

---

[1]) Mittelstein S. 193; Niendorff S. 107; Dernburg § 218V; Crome Bd. 2 § 236 S. 546.

[2]) Goldmann-Lilienthal § 153 Anm. 16 S. 552; Staudinger Bem. I, 8 zu § 542 S. 814; Planck Bem. 5c zu § 542 S. 459; Mittelstein S. 186 Anm. 44, S. 188; Crome Bd. 2 S. 546 Anm. 48.

[3]) Niendorff S. 117.

Dritter Teil.

Ausschluß der Haftung des Vermieters.

Nachdem wir zunächst die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen für die Haftung des Vermieters erörtert haben und sodann die als Korrelate zu der Erfüllungs- und Gewährleistungshaftung des Vermieters im Gesetze normierten Mängelrechte des Mieters ihrem Inhalte und ihrer juristischen Natur nach betrachtet haben, sollen im folgenden Hauptteile die Momente dargelegt werden, welche trotz des Vorhandenseins der oben erörterten Voraussetzungen eine Abänderung oder einen Ausschluß der Haftung des Vermieters herbeiführen. Diese Gründe für die Modifizierung der Haftung des Vermieters lassen sich in zwei Gruppen zerlegen. Der Ausschluß der Haftung kann nämlich beruhen entweder auf einer vertragsmäßigen Regelung oder auf gesetzlichen Vorschriften. Als gesetzliche Ausschließungsgründe sind wieder das Verschulden des Vermieters, sodann seine Kenntnis und endlich seine schuldhafte Unkenntnis von dem Vorhandensein von Mängeln in den verschiedenen Phasen der Miete hervorzuheben.

A. Vertragsmäßige Regelung.

Daß Abänderungen der Gewährleistungspflicht des Vermieters im Wege des Vertrages im allgemeinen zulässig sind, geht aus dem argumentum e contrario des § 540 BGB. hervor, der folgenden Wortlaut hat: „Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Vermieters zur Vertretung von Mängeln der vermieteten Sache erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Vermieter den Mangel arglistig verschweigt".

Diese Vorschrift enthält also indirekt eine positive Bekräftigung des Prinzips der Vertragsfreiheit auch in Ansehung der Mängelhaftung und bringt gleichzeitig zum Ausdruck, daß die im Gesetze normierten Mängelrechte des Mieters wie alle Rechtssätze der Schuldverhältnisse nicht zwingendes Recht, sondern dispositiver Natur sind.

Prinzipiell steht es demgemäß den Parteien frei, die dem Mieter gewährten Mängelrechte, nämlich die Mietzinsminderung, den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, das Selbsthilferecht des Mieters und seine Kündigungsbefugnis abweichend von den gesetzlichen Vorschriften zu regeln, sie auszuschließen oder abzuändern, d. h. an strengere Voraussetzungen als die im Gesetze festgelegten zu knüpfen.

Während diese vertragsmäßige Beschränkung oder Aufhebung der anderen Mängelrechte in der Literatur nicht bestritten wird, behaupten Arnold und Müller[1]) m. E. zu Unrecht, daß ein Verzicht auf das im § 542 normierte außerordentliche Kündigungsrecht seitens des Mieters im voraus unverbindlich sei. Aus der ausdrücklichen Heranziehung des § 540 in § 543 Abs. 1 geht aber zur Genüge hervor, daß auch die Ausschließung der sofortigen Kündigungsbefugnis des Mieters prinzipiell im Vertragswege für zulässig erachtet wird und nur in zweiter Linie die negative Ausnahmevorschrift des § 540 zu beachten ist.

Eine derartige Vereinbarung kann jederzeit, sowohl bei Abschluß des Mietvertrages als auch bei Überlassung der Mietsache oder während der Dauer der Miete, und zwar ausdrücklich oder stillschweigend getroffen werden.[2]) Oft wird nämlich aus den Umständen oder der Eigenart des konkreten Mietvertrages zu entnehmen sein, daß die Parteien einen Ausschluß oder eine Änderung der dem Mieter zustehenden Mängelrechte gewollt oder die Haftung des Vermieters nur auf einzelne bestimmte Mängel beschränkt haben. Hat z. B. der Mieter vor Abschluß des Vertrages die Wohnung selbst besichtigt oder durch einen Stellvertreter besichtigen lassen und dann, ohne die Beseitigung der offensichtlichen Mängel sich auszubedingen, die Wohnung gemietet, so ist anzunehmen, daß der Mieter die Wohnung in dem vorgefundenen Zustande für annehmbar erachtet und als solche gemietet hat. Dann ist der Vermieter also nicht verpflichtet, die Zimmer neu tapezieren und abgetretene Fußböden frisch anstreichen zu lassen. Dagegen wird der Vermieter für geheime, nicht gleich sichtbare Mängel unzweifelhaft aufzukommen haben, da in dem Mieten der Wohnung ein stillschweigendes Einverständnis des Mieters mit dem Ausschluß der Haftung auch für diese verborgenen Mängel nicht angenommen werden kann.

---

[1]) Arnold S. 145; Müller in Seufferts Bl. Nr. 66 (1901) S. 27.

[2]) Staudinger Bem. 1 zu § 476 S. 669; Mot. Bd. 2 S. 238; Oertmann Bem. 1 zu § 443; Tumpowsky S. 99; Planck Bem. zu § 476 S. 384.

Unter diesem Gesichtspunkte ist auch m. E. die in der Literatur so bestrittene Frage zu erörtern, welche Wirkung der Vertragsklausel, daß der Mieter die Sache besehen und in guter Ordnung befunden habe, beizulegen ist. Während Mittelstein und Beer[1]) eine Befreiung des Vermieters von seiner Gewährleistungshaftung auf Grund der Vertragsklausel verneinen und dem Mieter gleichwohl das Recht einräumen, wegen der zur Zeit der Überlassung mangelhaften Beschaffenheit der Mietsache seine Rechte geltend zu machen, hat der Mieter nach Strauß[2]) auf die Ausübung seiner Mängelrechte durch diese Erklärung verzichtet.

M. E. ist diese Streitfrage dahin zu entscheiden, daß die Vertragsklausel, der Mieter habe die Sache besehen und in guter Ordnung befunden, nur für wahrnehmbare Mängel eine Beschränkung oder gar einen Ausschluß der Haftung des Vermieters herbeiführen kann, wenn tatsächlich eine ordnungsmäßige Besichtigung der Mietsache seitens des Mieters stattgefunden, dieser sich also von dem guten Zustande der vermieteten Wohnung überzeugt hat.[3]) In allen denjenigen Fällen wird m. E. jedoch der Vertragsklausel eine die Haftung des Vermieters beschränkende oder aufhebende Wirkung zu versagen sein, in denen der Mieter bei Vertragsabschluß oder bei der Unterzeichnung des Vertrages die gemietete Wohnung überhaupt nicht gekannt hat, wenn er z. B. von Köln aus eine Wohnung in Berlin gemietet hat.

Die näheren Voraussetzungen und der Umfang der abgeänderten Gewährleistungshaftung werden also aus dem Inhalte der zwischen den Parteien abgeschlossenen Vereinbarung oder aus den Umständen des einzelnen Falles zu entnehmen sein. Erfolgt diese Vereinbarung zugleich mit dem Abschlusse des Mietvertrages, so kann sie auf das Kriterium des vertragsmäßigen Gebrauches von entscheidender Bedeutung sein. Ist nämlich dem Mieter auf Grund der getroffenen Abmachungen die Haftung für bestimmte Sachmängel erlassen worden, so wird vielfach als der vertragsmäßige Gebrauch der durch die Sachmängel bedingte Gebrauch anzusehen sein.

Hieraus ergibt sich dann weiter die Folgerung, daß auch

---

[1]) Mittelstein S. 162, der der Vertragsklausel nur die Bedeutung beilegt, daß den Mieter die Beweislast trifft; s. auch Beer S. 26.

[2]) Strauß S. 61; Staudinger Bd. 2, 1 Bem. 5 zu § 476; Staub Anm. 3ff. zu § 360 HGB.

[3]) Planck Bem. zu § 476; Kuhlenbeck in JurW. 1901 S. 109; Oertmann Bem. 4 zu § 476 S. 394 und RG. in Gruchots Beitr. Bd. 51 S. 176ff.

der Erfüllungsanspruch des Mieters auf Herstellung des vertragsmäßigen Gebrauches im eigentlichen Sinne und auf Beseitigung von Sachmängeln Gegenstand einer beschränkenden oder ausschließenden Parteivereinbarung sein kann.[1])

Diese vertragsmäßige Regelung, durch welche die Gewährleistungshaftung des Vermieters ausgeschlossen oder abgeändert wird, ist m. E. nicht nur vor, sondern auch noch nach der Ausübung des einzelnen Mängelrechts zulässig. Hat der Mieter sich also bei dem Vorliegen eines die Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigenden Sachmangels für die Mietzinsminderung entschieden oder seinen Schadensersatz eingeklagt, so kann auch jetzt noch die Vereinbarung erfolgen, gemäß welcher der Mieter trotz des Sachmangels den einbehaltenen Mietzins auszahlt oder die Schadensersatzklage zurückzieht. Ebenso kann er die bereits erfolgte Kündigungserklärung im Einverständnis mit dem Vermieter trotz der fortbestehenden Beeinträchtigung der Gebrauchsgewährung der Mietsache ausdrücklich oder stillschweigend zurücknehmen. In dem Wohnenbleiben nach erfolgter außerordentlicher Kündigung seitens des Mieters ist also regelmäßig eine stillschweigende Rücknahme[2]) der erklärten Kündigung und nicht, wie Strauß behauptet,[3]) ein Verzicht auf das Kündigungsrecht zu erblicken. Denn der Mieter kann wohl einseitig dem Mietverhältnis ein Ende setzen, die Wirkungen der Kündigung aber nicht ohne Zustimmung des Vermieters beseitigen, weil dieser aus der erfolgten Kündigung ein Recht erworben hatte. Soll das Mängelrecht des Mieters also in diesem Zeitpunkte noch ausgeschlossen werden, so hat die Abänderung auch in diesem Falle im Vertragswege zu erfolgen, um rechtlich wirksam zu werden.

Die Beweislast bei dieser vertragsmäßigen Regelung trifft jedesmal denjenigen, welcher sich auf sie beruft. Da es sich hier um eine Abänderung der Gewährleistung zugunsten des Vermieters handelt, hat in der Regel der Vermieter also zu beweisen, daß zwischen ihm und dem Mieter eine Vereinbarung getroffen worden ist, und welchen Inhalt sie gehabt hat, ob und inwieweit seine Haftung nur auf bestimmte Mängelrechte be-

---

[1]) Strauß S. 71.

[2]) Niendorff S. 119/20; Staudinger Bem. V zu § 542; Mittelstein S. 192.

[3]) Strauß S. 75; ebenso OLG. Bd. 2 S. 480. Ein Verzicht auf das Kündigungsrecht liegt m. E. vor Ausübung des Rechts vor und ist z. B. darin zu erblicken, daß der Mieter längere Zeit, ohne die Beeinträchtigung dem Vermieter gegenüber geltend zu machen, den Gebrauch fortsetzt und den vollen Mietzins zahlt.

schränkt, oder welche Mängelrechte des Mieters ausgeschlossen sind.

Dieses soeben erörterte Prinzip erleidet jedoch mehrere Ausnahmen. Ist einmal die Mietsache derart mit Mängeln behaftet, daß sie die Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche vollkommen aufheben, oder ist die Unbrauchbarkeit eines Teiles der Mietsache so erheblich, daß der vertragsmäßige Gebrauch der ganzen Mietsache für den Mieter kein Interesse hat, so wird man Niendorff[1]) darin folgen können, daß ein Ausschluß der Rechte des Mieters kraft Parteiabrede ausgeschlossen ist. Denn eine derartige Vereinbarung, die dem Mieter alle Rechte nimmt, wo er keine Gegenleistung erhält und die ihn somit der Willkür des Vermieters ausliefert, würde als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sein.

Sodann finden die Beschränkungen der Gewährleistungshaftung ihre Grenzen in der Vorschrift des bereits erwähnten § 540, wonach die Haftung des Vermieters trotz einer sie ausschließenden Vereinbarung der Parteien bestehen bleibt, wenn der Vermieter den die Tauglichkeit beeinträchtigenden Mangel arglistig verschweigt. Diese Sondervorschrift bildet eine Bestätigung des allgemeinen in § 276 Abs. 2 ausgesprochenen Grundsatzes, daß die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner im voraus nicht erlassen werden kann, und entspricht der analogen Regelung beim Kaufe in den Bestimmungen der §§ 443 und 476.

Was den Begriff des arglistigen Verschweigens anlangt, so soll an dieser Stelle nur einzelnes hervorgehoben werden, im übrigen sei eine Verweisung auf die umfangreiche einschlägige Literatur gestattet.[2]) Keinesfalls kann jedes Verschweigen eines Sachmangels als ein arglistiges und somit als ein die eben besprochene vertragsmäßige Regelung ausschließendes Moment bezeichnet werden. Arglistiges Verschweigen liegt vielmehr dann vor, wenn der Vermieter den Mangel kennt und ihn dem Mieter in der Absicht, ihn zu täuschen, nicht mitteilt. Der Begriff bedingt also eine Kenntnis des Mangels seitens des Vermieters und dessen Bewußtsein einer bestehenden Unkenntnis

---

[1]) Niendorff S. 104, 2; Bolze Bd. 19 Nr. 469; and. A. Mittelstein S. 162; Planck Bem. 1c zu § 543 und Rechtspr. d. RG. Bd. 10 S. 162, wonach eine Vertragsbestimmung, gemäß welcher die Gewährleistungs- und Schadensersatzpflicht wegen vorhandener Mängel ausgeschlossen ist, das Kündigungsrecht nicht ausschließt.

[2]) s. z. B. Beer in DJZ. 1904 S 88ff.; Süßheim in Seufferts Bl. Bd. 66 S. 203ff.

hierüber auf seiten des Mieters,[1]) ist aber von dem ihn umfassenden weiteren Begriffe des vorsätzlichen Verschweigens wohl zu unterscheiden. Hat z. B. der Vermieter dem Mieter einen Mangel verschwiegen, weil er annahm oder nach Lage des Falles annehmen durfte, daß dieser ihn bei Besichtigung der Mietsache selber entdeckt oder bereits gekannt habe, so ist dieses Verschweigen wohl ein vorsätzliches, jedoch nicht als arglistiges anzusehen.[2]) Hinzukommen muß also noch die Absicht des Vermieters, den Mieter zu täuschen. Verschweigt der Vermieter einen Mangel, obwohl er die Unkenntnis des Mieters weiß und annimmt, daß der Mieter infolge dieser Unkenntnis die Sache mieten werde, oder wirkt der Vermieter geradezu einer Entdeckung des Mangels seitens des Mieters durch Versicherungen der Tadellosigkeit der Mietsache oder dadurch entgegen, daß er den Mangel verborgen hält, so ist in diesem Verhalten des Vermieters unzweifelhaft ein arglistiges Verschweigen zu erblicken.[3]) Die Nichtangabe bloßer Zweifel, ob ein Mangel besteht, oder das Verschweigen eines vermeintlichen, in Wahrheit nicht vorhandenen Mangels genügt dagegen wieder nicht, um sein Verschweigen zu einem arglistigen zu stempeln.[4]) Das arglistige Verschweigen eines Sachmangels seitens des Vermieters hat die Nichtigkeit der Vereinbarung zur Folge, durch welche die Mängelhaftung des Vermieters beschränkt oder erlassen, die entsprechenden Mängelrechte des Mieters ganz oder zum Teil aufgehoben werden sollen.

Ist eine Abänderung der Haftung des Vermieters wegen mehrerer Mängel erfolgt, von denen der Vermieter nur einen arglistig verschwiegen hat, so ist hinsichtlich dieses einen Mangels die Parteiabrede nichtig und tritt die volle Haftung wieder ein, bezüglich der übrigen Mängel bleibt jedoch die eine Haftung des Vermieters modifizierende Vereinbarung in Kraft, weil, wie auch in der Literatur angenommen wird,[5]) eine Anwendung des § 139 nicht Platz greifen kann.

Unter einem Mangel, dessen arglistiges Verschweigen

---

[1]) Oertmann Bem. 2 zu § 443 S. 393; Staudinger Bem. b zu § 443; Planck Bem. zu § 443 S. 345 u. a. m.

[2]) Niendorff S. 104; Oertmann Bem. 2 zu § 443; Planck ebenda; Fuld S. 70/71; Tumpowsky S. 99; Seufferts Bl. Bd. 62 S. 315; Neumann Bem. zu § 443.

[3]) Oertmann Bem. zu § 443; RGE. in Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 336, ferner in JurW. 1904 S. 113, im Recht 1906 Nr. 293 und 1908 Nr. 2917; Niendorff S. 105; Mittelstein § 24 Nr. 4.

[4]) Oertmann a. a. O.; Beer a. a. O.; Planck Bem. zu § 443.

[5]) Mittelstein S. 162 Anm. 32; Niendorff S. 105; Staudinger Bem. f zu § 476 S. 570; Oertmann Bem. 3 zu § 476; RGE. Bd. 62 Nr. 31.

seitens des Vermieters die Nichtigkeit der vertragsmäßigen Regelung der Haftung zur Folge hat, ist m. E. nicht nur ein Tauglichkeitsfehler, sondern auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft zu verstehen.[1]) Sichert der Vermieter dem Mieter eine bestimmte Eigenschaft der Mietsache zu, von der er selber weiß, daß sie sich an dieser Mietsache nicht herstellen läßt, oder daß sie später wieder fortfallen muß, und läßt insbesondere der Mieter, der dies nicht kennt, sich durch die Zusicherung des guten Zustandes der Sache zum Abschluß des Mietvertrages verleiten, so liegt auch in diesem Verhalten des Vermieters ein arglistiges Verschweigen. Eine Vereinbarung, gemäß welcher sich der Mieter seiner Mängelrechte für den Fall des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft begeben hat, ist infolgedessen nichtig.

Die Vorschrift des § 540 bildet, was auch in der Literatur unbestritten ist, zwingendes Recht, so daß die Rechtswirkung des arglistigen Verschweigens des Vermieters auf eine die Haftung des Vermieters beschränkende oder erlassende Parteivereinbarung nicht durch eine andere entgegenstehende Abrede wieder umgangen werden kann.

Jedoch ist es m. E. zulässig, anzunehmen, wenn die Parteien, nachdem sich ein arglistiges Verschweigen eines Mangels durch den Vermieter herausgestellt hat, nachträglich eine Vereinbarung dahingehend treffen, daß die Haftung des Vermieters für diese von ihm arglistig verschwiegenen Mängel nunmehr beschränkt oder aufgehoben wird. Denn in diesem Falle sind dem Mieter die Mängel bekannt, hinsichtlich deren ein Ausschluß oder eine Beschränkung der Mängelrechte erfolgen soll, so daß von einem arglistigen Verschweigen des Vermieters keine Rede sein kann. Infolgedessen kann auch keine Nichtigkeit der vertragsmäßigen Regelung eintreten.

Die Beweislast für das arglistige Verschweigen liegt demjenigen ob, der Rechte daraus herleiten will, in der Regel also dem Mieter, der sich darauf berufen wird, um die Nichtigkeit der die Haftung des Vermieters ausschließenden Parteivereinbarung und somit den Wiedereintritt der vollen Gewährleistungspflicht des Vermieters herbeizuführen.[2]) Der Mieter hat also darzutun, daß dem Vermieter der betreffende Mangel bekannt war, und daß er ihn in Täuschungsabsicht dem Mieter verschwiegen habe.

---

[1]) Planck Bem. zu § 476; Prot. II Bd. 1 S. 705.

[2]) Staudinger Bem. f zu § 443 und Bem. 3 zu § 476; Oertmann Bem. 3 zu § 443; Planck Bem. zu § 443; RGE. s. bei Warneyer im Erg.-Bd. 1910 S. 247.

Hiergegen steht dem Vermieter wieder der Nachweis offen, daß der Mieter den verschwiegenen Mangel der Mietsache selber gekannt hat, oder daß der von ihm, dem Vermieter, verschwiegene Fehler nicht identisch ist mit dem dem Mieter unbekannt gebliebenen.[1])

B. Gesetzliche Ausschließungsgründe.

1. Verschulden des Mieters.

Ist durch Verschulden des Mieters ein Mangel der Mietsache verursacht, so steht der Geltendmachung seiner Mängelrechte der Einwand des Vermieters entgegen, daß er es zu vertreten habe, wenn die Mietsache bei ihrer Überlassung nicht tauglich gewesen sei oder sich jetzt in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche nicht geeigneten Zustande befinde. Das Verschulden des Mieters kann also einen Fortfall seiner Rechte und somit einen Ausschluß der Mängelhaftung des Vermieters zur Folge haben.

Diese Rechtsfolgen haben zwar im Gesetze keine ausdrückliche Regelung erfahren, einmal aber liegt es auf der Hand, daß das Verschulden des Mieters für die Ausübung seiner im Gesetze normierten Mängelrechte von Bedeutung sein muß; andererseits lassen sich Argumente für den Wegfall seiner Rechte, falls der Mieter den Mangel selber verursacht hat, auch aus dem Gesetze heranziehen, so daß das Verschulden des Mieters immerhin als gesetzlicher Ausschließungsgrund für die Haftung des Vermieters in Betracht kommt.

Ist ein die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache beeinträchtigender Mangel infolge eines vom Mieter zu vertretenden Umstandes entstanden, so gelangt einmal, was auch in der Literatur nicht bestritten ist,[2]) die Vorschrift des § 324 zur Anwendung. Wird nämlich die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung. Unmittelbar greift diese Bestimmung also dann Platz, wenn ein Mangel, der auf einem vom Mieter zu vertretenden Umstande beruht,

[1]) Staudinger Bem. c u. e zu § 443; Süßheim a. a. O.; RGE. Bd. 55 S. 210.

[2]) Planck Bem. 1 zu § 537; Oertmann Bem. 6c zu § 537; Mittelstein S. 161; Brückner S. 61; Tumpowsky S. 101; Goldmann-Lilienthal § 154 Anm. 3; Dernburg Bd. 2, 2 § 218 III; Staudinger Bem. II, 4, c zu § 537 S. 805; Strauß S. 65 d; Crome Bd. 2 § 235 II, 2 S. 540.

so erheblich ist, daß er die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche vollkommen aufhebt. Dem Vermieter verbleibt in diesem Falle der Anspruch auf die Gegenleistung, er kann also die Entrichtung des vollen Mietzinses verlangen, während der Mieter seiner im § 537 statuierten Rechte verlustig geht. Hieraus folgt, daß der Vermieter die Zahlung des vollen Mietzinses dann erst recht beanspruchen kann, wenn infolge des vom Mieter verschuldeten Sachmangels nur eine Minderung in der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache eingetreten ist.

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung insbesondere wird, wenn der Mangel und somit auch der durch ihn herbeigeführte Schaden nicht ausschließlich durch den Mieter hervorgerufen ist, sondern nur ein Verschulden desselben mitgewirkt hat, unter Umständen nicht ganz ausgeschlossen werden, sondern nur gemäß § 254 eine Beschränkung erleiden.[1]) Beruht dagegen der den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache beeinträchtigende Mangel lediglich auf einem Verschulden des Mieters, so wird von der Geltendmachung seines im § 538 normierten Mängelanspruches keine Rede sein können. Der Vermieter wird in diesem Falle vielmehr seinerseits den Mieter schon nach allgemeinen Grundsätzen oder wegen Verletzung der Obhutspflicht für den durch den Mangel hervorgerufenen Schaden ersatzpflichtig machen können. Dies ist z. B. der Fall, wenn durch unzulängliche Lüftung oder Heizung Feuchtigkeit in der Wohnung eingetreten ist oder ein anderer Schaden sich aus der mangelnden Pflege oder Obhut der Mietsache durch den Mieter ergibt.

Da die Beseitigung eines Mangels nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht des Mieters ist, zweifellos dann, wenn er die Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache selbst verursacht hat, so kann ein Verschulden des Mieters schon darin gefunden werden, daß die Beseitigung des Mangels, die er unterlassen hat, im Verhältnis zu dem nunmehr entstandenen Schaden unverhältnismäßig wenig Aufwendungen erfordert hätte.[2]) Beseitigt der Mieter aber den durch sein Verschulden entstandenen Mangel, so ist es selbstverständlich, daß er auch keinen Ersatz der erforderlichen Aufwendungen gemäß § 538 Abs. 2 verlangen kann.

Daß der Mieter endlich die Geltendmachung des in § 542 normierten Kündigungsrechtes verloren hat, wenn die Gebrauchs-

---

[1]) Dafür, daß auch § 254 für die Fälle des § 538 gilt, s. Rechtspr. d. OLG. Bd. 13 S. 359; Mittelstein S. 175; Staudinger Bem. V zu § 538 S. 808.

[2]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 8 S. 363; Staudinger Bem. V zu § 538.

unmöglichkeit auf sein Verschulden zurückzuführen ist, war in dem dem § 542 entsprechenden § 529 des 1. Entwurfes[1]) ausdrücklich ausgesprochen, ist dann aber als überflüssig wieder gestrichen worden. Diese Annahme, die von der Literatur allseitig anerkannt wird,[2]) geht auch schon aus der Erwägung hervor, daß in den Fällen, in denen der Vermieter die Untauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche selbst verschuldet hat, von einer Nichtgewährung oder Wiederentziehung der Mietsache seitens des Vermieters keine Rede sein kann.

Hat der Mieter also den Mangel selbst verschuldet, so ist, wie wir gesehen haben, die Geltendmachung seiner sämtlichen Mängelrechte ausgeschlossen.

Im folgenden soll nun die Frage erörtert werden, in welchen Zeitpunkten der Miete eine Aufhebung der Haftung des Vermieters eintreten kann. Der Regelfall, auf den sich die obigen Erörterungen beziehen, liegt ja dann vor, wenn nach Überlassung der Mietsache im Laufe des Mietverhältnisses ein den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigender Mangel auf einen Umstand zurückzuführen ist, den der Mieter zu vertreten hat.

Bestritten ist jedoch in der Literatur die Frage, ob auch ein schon vor der Überlassung der Mietsache liegendes Verschulden des Mieters auf die Ausübung seiner Rechte Einfluß gewinnen kann. Während Titze[3]) diese Frage zu verneinen scheint, geht die herrschende Ansicht,[4]) der wir uns im Prinzipe anschließen, dahin, daß ein Verschulden des Mieters auch schon vor der Überlassung der Mietsache möglich ist, daß also eine bei dem Abschluß des Mietvertrages zum vertragsmäßigen Gebrauche geeignete Mietsache infolge eines vom Mieter zu vertretenden Umstandes mangelhaft werden kann. Dies liegt z. B. vor, wenn der Vermieter das zu bauende Haus nach genauen Angaben des Mieters baut und es gerade infolge dieser Angaben fehlerhaft wird, ohne daß der Mieter diesen Erfolg voraussehen konnte.[5]) Wenn aber Niendorff[6]) daraus die Konsequenz zieht,

[1]) 1. Entw. § 529: „ohne einen vom Vermieter zu vertretenden Umstand".

[2]) Staudinger Bem. III zu § 542; Arnold S. 60b; Tumpowsky S. 101; Mittelstein S. 191; Oertmann Bem. 2 zu § 542; Brückner S. 66a; Niendorff S. 115, 4; Strauß S. 75.

[3]) Titze S. 85.

[4]) Oertmann Bem. 6c zu § 537 S. 547; Niendorff S. 116; Arnold S. 53; Mittelstein S. 155, 2.

[5]) s. die Beispiele bei Niendorff S. 116/17.

[6]) Niendorff ebendaselbst. Seine Folgerung trifft dann zu, wenn der vom Mieter verschuldete Mangel den vertragsmäßigen Gebrauch auch nach der Überlassung der Mietsache noch beeinträchtigt.

daß dem Mieter infolge seines Verschuldens das Kündigungsrecht gemäß § 542 entzogen sei, so trifft dies die hier in Betracht kommende Frage nicht, da das Kündigungsrecht, wie wir bereits oben erörtert haben, dem Mieter in dem Zeitabschnitte vor Überlassung der Mietsache prinzipiell nicht zusteht.

Vielmehr wird ein Verschulden des Mieters, durch das ein die Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigender Sachmangel bereits vor der Überlassung der Mietsache hervorgerufen ist, den Verlust gerade derjenigen Rechte zur Folge haben, deren Geltendmachung dem Mieter auch in diesem Zeitabschnitte zusteht. Im Einklang mit unserer obigen Erörterung wird der Mieter demnach die Beseitigung eines Mangels nicht beanspruchen können, dessen Entstehung ihm selber zur Last fällt; und mit diesem Anspruche auf Erfüllung ist auch das Recht des Mieters ausgeschlossen, die Annahme der mit Mängeln behafteten Mietsache zu verweigern und an Stelle der fehlerhaften Gattungssache die Überlassung einer fehlerfreien zu verlangen. Daß auch in diesen Fällen bei Fortdauer der selbstverschuldeten Beeinträchtigung über den Zeitpunkt der Überlassung der Mietsache hinaus der Mieter die Ausübung seiner speziellen Mängelrechte verloren hat, versteht sich von selbst.

Zur Annahme einer vom Mieter verschuldeten Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit genügt es nicht, daß dem Mieter ein vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln zur Last fällt, sondern es muß auch zwischen dem schuldhaften Verhalten des Mieters und der eingetretenen Aufhebung oder Minderung der Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche ein Kausalzusammenhang bestehen. Dieser fehlt überall da, wo der die Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigende Mangel auch ohne das kulpose Verhalten des Mieters eingetreten wäre. Andererseits ist aber nicht notwendig, daß letzteres die einzige oder auch nur die unmittelbare Ursache für die Entstehung des Sachmangels und somit für die Schmälerung der Mietsache gewesen ist; es genügt vielmehr, daß der Tauglichkeitsfehler oder das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft auch mittelbar durch das schuldhafte Verhalten des Mieters verursacht worden ist. Daher ist dem Mieter ein Ereignis, das für sich betrachtet lediglich einen Zufall darstellen würde, dann als culpa anzurechnen, wenn er dessen schädliche Folgen schuldhafterweise nicht abgewendet hat.

Befindet sich ferner der Mieter in dem vertragsmäßig vereinbarten Zeitpunkte der Überlassung der Mietsache durch sein Verschulden im Annahmeverzuge und läßt sich unter anderem auf diesen Umstand die Beeinträchtigung der Tauglichkeit zurückführen, so wird dem Mieter in jedem Falle des

Vorliegens eines Sachmangels die Geltendmachung seiner Mängelrechte genommen sein. Denn auch in diesem Falle bildet die vom Mieter zu vertretende Tatsache des Verzuges eine der den Sachmangel begründenden Ursachen.

Dagegen herrscht in der Literatur Streit, ob der Mieter auch dann die Geltendmachung seiner Mängelrechte verliert, wenn er zur Zeit der Überlassung der Mietsache ohne sein Verschulden in Annahmeverzug gerät und ganz unabhängig von diesem Verzuge, d. h. ohne ursächlichen Zusammenhang, ein Sachmangel der Mietsache entsteht oder gar die Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauches infolge eines vom Vermieter nicht zu vertretenden Umstandes überhaupt unmöglich wird.

Bei dieser strittigen Frage handelt es sich also darum, ob die Vorschrift des § 324 Abs. 2, aus der sich ein Verlust der Mängelrechte des Mieters folgern läßt, bei der Miete Platz greifen kann.

Während die Vertreter der einen Ansicht die Vorschrift des § 324 Abs. 2 über die Wirkung einer während des Annahmeverzuges eintretenden Unmöglichkeit auf die Miete für anwendbar erklären, dem Mieter also auch in diesem Falle die Ausübung seiner Mängelrechte absprechen,[1]) lehnt Mittelstein[2]) eine Anwendbarkeit dieses Grundsatzes bei der Miete prinzipiell ab. Zu diesem verneinenden Standpunkt gelangt Mittelstein durch die Erwägung, die Regel des § 324 Abs. 2 beruhe darauf, daß die Gefahr der Sache beim Annahmeverzuge des Gläubigers gemäß § 300 Abs. 2 auf ihn übergegangen sei, während bei der Miete die Gefahr des Unterganges oder der Verschlechterung trotz der Übergabe der Mietsache bei dem Vermieter verbleibe.

Unsere Aufgabe ist es also, die Gründe, die Mittelstein für eine Unanwendbarkeit des § 324 Abs. 2 bei der Miete anführt, auf ihre Richtigkeit hin einer Prüfung zu unterziehen. Daß zunächst der Mieter in Annahmeverzug geraten kann, wenn er die ihm gehörig angebotene und im gehörigen Zustande befindliche Sache nicht annimmt, wird von der Literatur fast durchweg anerkannt.[3])

[1]) Staudinger Bem. I zu § 537; Planck Vorbem. zu § 537; Crome Bd. 2 S. 540 Anm. 32; Borcherdt S. 39.

[2]) Mittelstein S. 209.

[3]) Crome Bd. 2 S. 540; Borcherdt S. 39; Mittelstein S. 209 und 240; Planck Vorbem. zu § 537; Cosack Bd. 1 § 135 III, 1 f. S. 561; zweifelnd Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 286 Anm. 77; and. A. Staudinger Bem. III zu § 536 und Bem. I zu § 552 a. E. Hiermit setzt er sich jedoch zu der Annahme in Widerspruch, daß § 324 Abs. 2 Anwendung finden soll.

Richtig ist ferner, daß der Grundsatz periculum est locatoris auch nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches bei der Miete in Geltung geblieben ist, und daß sowohl dieser Grundsatz wie auch die Vorschrift des § 324 Abs. 2 die Gefahrtragung regeln. Wenn Mittelstein aber weiterhin die Behauptung aufstellt, daß dieser Grundsatz gegenüber der generellen Vorschrift des § 324 Abs. 2 die spezielle Regelung darstelle, und hieraus die Folgerung zieht, daß der § 324 Abs. 2 bei der Miete nicht Platz greifen könne, so sind diese Annahmen m. E. unrichtig.

Denn der Grundsatz periculum est locatoris, der auf dem Prinzipe casum sentit dominus beruht, bezieht sich auf die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung der Mietsache, also auf ein periculum rei.

Etwas ganz anderes besagt dagegen die Vorschrift des § 324 Abs. 2, denn sie statuiert ein periculum obligationis, d. h. der Gläubiger, der sich im Annahmeverzuge befindet, bleibt zur Gegenleistung verpflichtet, obwohl er die ihm gebührende Leistung nicht erhält. Das periculum rei und das periculum obligationis dürfen jedoch nicht miteinander verwechselt werden, sondern sind streng auseinanderzuhalten. Ein Beispiel mag erläutern, daß die beiden Begriffe voneinander ganz unabhängig sind. B mietet von A ein Klavier. Als die Leute des A das Klavier in die Wohnung des B schaffen wollen, verweigert B ohne triftigen Grund die Annahme. Auf dem Rücktransporte wird das Klavier zertrümmert. Hier bezieht sich das periculum rei auf die Frage, wer den Schaden an dem Klavier trägt, das periculum obligationis dagegen auf die Frage, ob der Mieter die Überlassung eines anderen Klaviers verlangen kann oder den Mietzins zahlen muß, obwohl er keine Gegenleistung erhält. Hieraus ergibt sich, daß das periculum rei und das periculum obligationis ganz verschiedene Geltungsbereiche haben. Infolgedessen ist auch die Ansicht nicht haltbar, daß der Grundsatz periculum est locatoris sich als eine spezielle, die Vorschrift des § 324 Abs. 2 ausschließende Regelung charakterisiere, vielmehr kann m. E. die Vorschrift des § 324 Abs. 2 unberührt von dem erwähnten Grundsatze bei der Miete zur Anwendung gelangen.

Hieraus ergeben sich wichtige Konsequenzen. Ist während des Annahmeverzuges des Mieters die vermietete Speziessache infolge eines vom Vermieter nicht zu vertretenden Umstandes untergegangen,[1]) so ist die eine Obligation fortgefallen, da der

[1]) Gemäß § 300 Abs. 1 hat der Vermieter nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

Vermieter gemäß § 275 von der Verpflichtung zur Leistung frei wird. Der gegenseitige Vertrag konzentriert sich also auf die einseitige Verpflichtung des Mieters, den vereinbarten Mietzins für die Mietzeit zu zahlen, während er aus der Nichtgewährung des Gebrauches der Mietsache keinen Anspruch auf Erfüllung geltend machen kann. Hieraus muß dann a maiore ad minus gefolgert werden, daß dem Mieter auch die Geltendmachung seiner Mängelrechte nicht zusteht.

Ist eine Gattungssache vermietet und geht diese während des Annahmeverzuges des Mieters ohne einen vom Vermieter zu vertretenden Umstand unter, so greift folgende rechtliche Beurteilung Platz. Mit dem Zeitpunkte, in welchem der Vermieter das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat, die Mietsache also ausgesondert und dem Mieter angeboten hat, verwandelt sich gemäß § 243 Abs. 2 die Gattungsschuld in eine Speziesschuld, d. h. es tritt eine Konzentration auf das Erfüllungsobjekt ein. Der Untergang dieser konkreten Mietsache führt wieder gemäß § 275 eine Befreiung des Vermieters von seiner Leistungspflicht herbei.

Der von Mittelstein herangezogene § 300 Abs. 2, nach dem die Gefahr mit dem Zeitpunkte auf den Mieter übergeht, in welchem er in Annahmeverzug gerät, spricht also nur eine selbstverständliche Folgerung der §§ 243 Abs. 2 und 275 aus.[1]) Es gilt dann das bei der Speziesschuld Gesagte in gleicher Weise.

Wenn der Mieter nun bei totaler Unmöglichkeit der Leistung des Vermieters den vereinbarten Mietzins zahlen muß, keinen Anspruch auf Erfüllung hat und keine Mängelrechte geltend machen kann, so muß die gleiche Beurteilung erst recht gelten, wenn die Leistung nicht ganz, sondern nur zum Teil unmöglich geworden ist, und zwar hinsichtlich des unmöglichen Teils. Geht die vermietete Sache also während des Annahmeverzuges des Mieters nicht unter, sondern wird infolge eines vom Vermieter nicht zu vertretenden Umstandes mangelhaft, so muß der Mieter auch in diesem Falle den vollen Mietzins zahlen, kann keine Erfüllung, d. h. Überlassung der Mietsache in mangelfreiem Zustande, beanspruchen und seine Mängelrechte nicht ausüben.

Was den noch möglichen Teil der Leistung des Vermieters angeht, so verbleibt dem Mieter der Anspruch auf Erfüllung; er kann also jederzeit seinen Annahmeverzug heilen, dem Vermieter seine Empfangsbereitschaft anzeigen und die Gebrauchs-

[1]) Staudinger Bd. 2, 1 Bem. 2 zu § 300; Planck und Oertmann a. a. O. zu § 300.

gewährung der mangelhaften Mietsache verlangen. Dagegen steht dem Mieter ein Mängelrecht wegen der Fehler, die während seines Annahmeverzuges entstanden sind, auch jetzt nicht zu. Das Vorbringen des Vermieters, daß der Mieter den die Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigenden Mangel selbst verschuldet hat, charakterisiert sich als eine Einwendung des nicht entstandenen Rechtes, für welche nach allgemeinen Grundsätzen dem Vermieter die Beweislast obliegt.[1])

2. Kenntnis des Mieters von einem Mangel.

a) Bei Abschluß des Vertrages.

Als gesetzlichen Ausschließungsgrund für die Mängelhaftung des Vermieters hat der Gesetzgeber einmal die Kenntnis des Mieters von dem die Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigenden Mangel in den verschiedenen Zeitabschnitten der Mietsdauer aufgestellt. Diese Kenntnis des Mieters von dem Sachmangel kann zunächst schon bei dem Abschluß des Mietvertrages vorhanden sein.

Kannte der Mieter in diesem Zeitpunkte den Mangel der gemieteten Sache, so spricht ihm das Gesetz in § 539 Satz 1 die Geltendmachung seiner in den §§ 537 und 538 normierten Mängelrechte ab, also die Befreiung von der Entrichtung des Mietzinses oder die Mietzinsminderung, den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und den Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen. Und nach § 543 Abs. 1 steht ihm auch die Ausübung seines sofortigen Kündigungsrechtes nicht zu, wenn ihm beim Abschluß des Vertrages der Mangel der gemieteten Sache bekannt war.

Hieraus läßt sich zunächst die Folgerung ziehen, daß diese die Haftung des Vermieters modifizierenden Vorschriften sich auf den Erfüllungsanspruch des Mieters aus § 536 nicht beziehen,[2]) dem Mieter vielmehr trotz seiner Kenntnis von den Mängeln der Mietsache das Recht offenbleibt, jederzeit die Beseitigung der Fehler von dem Vermieter zu verlangen. Diese Folgerung wird aber bei dem hier in Frage stehenden gesetzlichen Ausschließungsgrund dann nicht zutreffen, wenn aus den Umständen des Einzelfalles anzunehmen ist, daß der Mieter von vornherein mit dem mangel-

---

[1]) Staudinger Bem. IV zu § 542 S. 817; and. A. anscheinend Niendorff S. 118.

[2]) Staudinger Bem. 2 zu § 539 S. 809; Oertmann Bd. 2 Bem. 3 zu § 539 S. 550; Mittelstein S. 155/56, bes. Anm. 17; Tumpowsky S. 102; abw. Strauß S. 61.

haften Zustande der Mietsache einverstanden war, in dem Mieten trotz Kenntnis des Mangels also eine stillschweigende Genehmigung desselben liegt. Denn in diesem Falle kann von einem vertragswidrigen Zustande nicht mehr die Rede sein, da der durch den Mangel beeinträchtigte Gebrauch zum vertragsmäßigen erhoben ist.[1])

Diese Erwägung des inneren Momentes, daß nämlich der Mieter sich mit dem vom Vermieter gebotenen Zustande der Mietsache zufrieden gibt, bildet auch die Grundlage für die Vorschrift des § 539 Abs. 1 und des § 543 Abs. 1, wonach der Mieter bei Kenntnis der Mängel zur Zeit des Vertragsabschlusses seiner Mängelrechte verlustig geht.

Einem Abschlusse des Vertrages im Sinne des § 539 Satz 1 müssen m. E. auch die Fälle gleichgestellt werden, in denen der Mieter, sei es nach abgelaufener Vertragszeit, sei es nach erfolgter Kündigung, in Kenntnis etwaiger Fehler den Mietvertrag erneuert oder stillschweigend verlängert.[2]) Denn auch in diesem Verhalten des Mieters ist eine stillschweigende Genehmigung des ihm bekannten mangelhaften Zustandes der Mietsache zu erblicken, durch welche sich der Mieter nicht nur die Geltendmachung seiner Mängelrechte, sondern auch seines Anspruches auf Erfüllung, d. h. auf Beseitigung der Mängel, begibt. Er hat es sich dann selber zuzuschreiben, wenn er wegen der ihm bekannten Mängel nicht den vollen Gebrauch von der Mietsache machen kann.

Da das Gesetz in § 539 Satz 1 nur ganz allgemein von einem Mangel spricht, dessen Kenntnis seitens des Mieters erfordert wird, so hat man unter diesem Ausdrucke nicht nur einen eigentlichen Tauglichkeitsfehler im Sinne des Abs. 1 des § 537, sondern auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften zu verstehen. Hat der Mieter also gewußt, daß die Mietsache die besondere Eigenschaft nicht aufweist, welche sie nach der Zusicherung des Vermieters besitzen soll, so hat er die Behauptung des Vermieters nicht als ernstgemeinte Zusicherung, sondern als bloße Anpreisung aufgefaßt, die für ihn zum Vertragsabschluß nicht bestimmend gewesen ist. Vielmehr hat er durch den Abschluß des Vertrages zum Ausdrucke gebracht, daß er die Mietsache

---

[1]) Staudinger Bem. II zu § 539; Tumpowsky S. 104; Oertmann a. a. O. Bd. 2; Niendorff S. 82; Strauß S. 61; RGE. in Seufferts Arch. Bd. 36 Nr. 115.

[2]) Planck Bem. 3 zu § 568; Mittelstein S. 163; Niendorff S. 105; Rechtspr. d. OLG. Bd. 10 S. 249. Obige Annahme trifft jedoch dann nicht zu, wenn auf unbestimmte Zeit gemietet war und eine Kündigung unterbleibt, denn hier liegt kein neues Mieten vor.

auch ohne die bestimmte Eigenschaft hat mieten wollen. Jedenfalls kann er sich nachträglich nicht auf die Zusicherung berufen und keine Mängelrechte geltend machen.

Was die Kenntnis des Mieters angeht, so ist es für den Ausschluß seiner Mängelrechte belanglos, woher und wodurch der Mieter von dem Mangel Kenntnis erlangt hat. Er kann ihn bei einer Besichtigung der Mietsache selber entdeckt haben, doch genügt es auch, wenn ihm vor oder bei Vertragsabschluß seitens des Vermieters oder Dritter Mitteilung von dem Mangel gemacht worden ist. Dagegen ist ein bloßes Vermuten des Mieters von dem Vorhandensein eines Mangels oder dessen Umfang für den Fortfall der Mängelrechte des Mieters nicht als ausreichend anzusehen.[1]) Vielmehr ist eine genaue Kenntnis des Mieters von dem Sachmangel erforderlich, und diese Kenntnis muß sich auf den Mangel auch in dem Umfange erstrecken, in welchem er den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache beeinträchtigt oder unmöglich macht.[2]) Dem Mieter bleibt z. B. die Geltendmachung seiner Mängelrechte unbenommen, wenn er zwar bei Abschluß des Mietvertrages gewußt hat, daß die von ihm gemietete Wohnung nicht in gutem baulichen Zustande ist, eine Baufälligkeit, die den vertragsmäßigen Zustand zuerst beeinträchtigte, dann ganz aufhob, aber erst nachträglich eingetreten ist, oder wenn er zwar das störende Verhalten eines Mitbewohners kannte, diese Erkenntnis sich aber nicht auf die Wirkungen der Störung bezogen hat.

Der Annahme Arnolds,[3]) daß es dem Erkennen eines Mangels der Mietsache gleichsteht, wenn der Mieter bei richtigem Denken sich das Eintreten einer Hinderung im Gebrauche vorhersagen muß, kann daher in ihrer allgemeinen Fassung nicht beigestimmt werden; denn dieser Satz würde nichts anderes besagen, als daß der den Fortfall der Mängelrechte bedingenden Kenntnis des Mieters von dem Sachmangel unter allen Umständen ein Kennenmüssen gleichzustellen ist, was jedoch, wie unten noch erörtert werden soll, nur in den wenigsten Fällen zutrifft.[4]) Kennt der Mieter also den Mangel der gemieteten Sache bei Abschluß des Vertrages, so verliert er die Geltendmachung der obenerwähnten Mängelrechte selbst dann, wenn der Vermieter ihm den Mangel arglistig verschwiegen hatte.[5]) Denn in diesem

[1]) Staudinger Bem. III zu § 464; JurW. 1908 S. 137.
[2]) Brückner S. 66 Anm. 4; Niendorff S. 83.
[3]) Arnold S. 60.
[4]) Mittelstein S. 163; Tumpowsky S. 105; Niendorff S. 105.
[5]) Oertmann Bem. 1a zu § 539; Mittelstein S. 162; Süßheim S. 224; RGE. Bd. 55 S. 214; Tumpowsky S. 103.

Falle ist ja das arglistige Verschweigen des Vermieters auf das Wissen des Mieters ohne Einfluß geblieben. Dieser gibt vielmehr durch den Abschluß des Mietvertrages in Kenntnis des Mangels kund, daß er auch für den durch den Mangel beeinträchtigten Gebrauch den vollen Mietzins entrichten will.

Eine andere Beurteilung hat aber dann einzutreten, wenn der Mieter, der die mangelhafte Beschaffenheit oder Unbrauchbarkeit der Mietsache bei Vertragsabschluß gekannt hat, mit Recht die Instandsetzung der Mietsache seitens des Vermieters erwarten konnte. Jedoch genügt die bloße, jeder tatsächlichen Grundlage entbehrende Hoffnung des Mieters, daß der Vermieter die Mietsache zu einer brauchbaren gestalten werde, keineswegs. Damit vielmehr dem Mieter trotz seiner Kenntnis von dem Mangel die Geltendmachung seiner Mängelrechte erhalten bleibt, ist eine Vereinbarung der Parteien erforderlich, daß der bei dem Abschluß des Vertrages bestehende, ihnen bekannte Mangel von dem Vermieter beseitigt werden soll.[1]) Wenn auch das Gesetz hierüber keine Vorschrift enthält, so versteht sich die Zulässigkeit einer derartigen Regelung doch von selbst, und in vielen Fällen, z. B. bei notwendigen Reparaturen, wird eine dahingehende Vereinbarung für den Mieter zum Abschluß des Mietvertrages bestimmend sein.

Diese Vereinbarung kann sowohl ausdrücklich wie auch stillschweigend erfolgen, d. h. aus den Umständen des Einzelfalles entnommen werden[2]) und dahin zielen, daß der den Parteien bekannte Mangel entweder noch vor dem Beginn des Mietverhältnisses oder nachher beseitigt werden soll. Warum Borcherdt[3]) diese letzte Möglichkeit ausschließen will, ist nicht recht ersichtlich.

Wenden wir diese Annahme schließlich auf das Fehlen zugesicherter Eigenschaften an — auf diese Mängelkategorie kann sich nach der Terminologie des Gesetzes die Kenntnis des Mieters ja auch erstrecken —, so gelangen wir zu dem Ergebnis, daß der Mieter trotz seiner Kenntnis von dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften seine Mängelrechte behält, wenn die Zusicherung seitens des Vermieters das Versprechen ent-

[1]) Oertmann Bem. 2 zu § 539; Staudinger Bem. 1c zu § 539; Mittelstein S. 163; Goldmann-Lilienthal § 154 S. 554 Anm. 26; Planck Bem. 1 zu § 539; Strauß S. 65 u. 75; Brückner S. 62, 4; Fuld S. 10; RGE. in JurW. 1909 S. 657.

[2]) Oertmann ebenda; Planck ebenda; Niendorff S. 82; Tumpowsky S. 103; Kuhlenbeck S. 443; and. A. Staudinger Bem. 1c zu § 539, der sich aber auf Planck beruft, und Strauß S. 65, der nur von ausdrücklicher Vereinbarung spricht.

[3]) Borcherdt S. 44.

hält, die besonderen Eigenschaften der Mietsache noch herzustellen.

Die Kenntnis des Mieters von einem Tauglichkeitsfehler oder dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft läßt die Haftung des Vermieters auch dann unberührt bestehen, wenn der Mieter sich vor oder bei Abschluß des Vertrages die Geltendmachung seiner Mängelrechte vorbehält. Das Gesetz erwähnt diesen Vorbehalt der Rechte zwar nur bei der Annahme der mangelhaften Mietsache durch den Mieter, doch ist er m. E. auch bei dem Abschluß des Mietvertrages oder zu anderer Zeit zulässig. Dieser Vorbehalt wird namentlich dann praktisch werden, wenn der Vermieter das Vorhandensein eines Sachmangels bestreitet, obwohl der Mieter denselben kennt.[1])

Was endlich die Beweispflicht bei dem hier erörterten gesetzlichen Ausschließungsgrund anlangt, so hat der Vermieter den Beweis zu führen, daß dem Mieter bei Abschluß des Mietvertrages der Mangel der gemieteten Sache bekannt war.[2]) Denn dieses Vorbringen gegenüber dem ein Mängelrecht geltend machenden Mieter charakterisiert sich als eine rechtsverneinende Einrede — Einwendung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs — des nicht entstandenen Rechtes, für welche den Mieter nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast trifft. Diese Beweisregelung gilt auch bei dem Vorliegen offenkundiger Mängel, d. h. solcher, die bei einer Besichtigung der Mietsache sofort wahrgenommen werden müssen, da das Bürgerliche Gesetzbuch eine Rechtsvermutung des Inhaltes, daß der Mieter solche Mängel gekannt hat, nicht aufstellt.[3]) Diesem vom Vermieter zu führenden Beweise gegenüber steht dem Mieter jederzeit der Gegenbeweis offen, daß zwischen ihnen eine Vereinbarung getroffen worden sei, gemäß welcher der Vermieter den Mangel der Mietsache zu beseitigen oder eine fehlende Eigenschaft herzustellen habe. Beruft der Mieter sich ferner auf den Vorbehalt seiner Rechte, so ist er auch hierfür beweispflichtig.

b) Bei vorbehaltsloser Annahme der Mietsache.

Ist dem Mieter zwar bei dem Abschlusse des Mietvertrages ein Sachmangel der gemieteten Sache noch nicht bekannt gewesen, nimmt er aber die Mietsache in Kenntnis eines solchen Mangels an, ohne sich seine Rechte wegen des Mangels bei

---

[1]) Mittelstein S. 162 Anm. 34; RG. in DJZ. 1904 S. 71 Nr. 5.

[2]) Staudinger Bd. 2, 1 Bem. III zu § 539 S. 809; Oertmann Bd. 2 Bem. 4 zu § 539 S. 550; Mittelstein S. 163.

[3]) Fuld S. 71; Staudinger Bd. 2, 1 a. a. O.; Mittelstein S. 163; Tumpowsky S. 109.

der Annahme vorzubehalten, so geht er nach der Vorschrift des § 539 Satz 2 und des § 543 Abs. 1 der Geltendmachung seiner Mängelrechte verlustig.[1])

Diese eine Haftung des Vermieters wegen Sachmängel ausschließenden Vorschriften wollen insbesondere die Fälle treffen, in denen der Mieter in der Zeit zwischen dem Abschluß des Mietvertrages und der Annahme der Mietsache Kenntnis von einem den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigenden Sachmangel erlangt hat, jedoch lassen sich auch Fälle denken, in denen der Mieter unmittelbar bei der Annahme der gemieteten Sache, z. B. beim Beziehen der Wohnung, den Sachmangel entdeckt hat. Selbstverständlich werden auch diese Fälle von der die Mängelhaftung des Vermieters modifizierenden gesetzlichen Regelung betroffen.

Was den Sachmangel angeht, unter dem auch hier nach der Terminologie des Gesetzes nicht ein Tauglichkeitsfehler, sondern auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft zu verstehen ist, so muß er jedenfalls in dem Zeitpunkte der Annahme der Mietsache vorhanden sein, während es belanglos ist, ob er der Mietsache schon bei dem Abschluß des Mietvertrages angehaftet hat.

Die vom Gesetzgeber geforderte Annahme der gemieteten Sache hat die Bedeutung einer Annahme als Erfüllung.[2]) Eine an bestimmte Tatsachen sich anknüpfende gesetzliche Vermutung ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht aufgestellt worden; es ist vielmehr der Beurteilung der Umstände des einzelnen Falles überlassen worden, ob eine vom Mieter angenommene Mietsache als Erfüllung angenommen ist oder nicht. Erforderlich ist jedenfalls entweder eine ausdrückliche Erklärung der Annahme als Erfüllung oder, was meist der Fall sein wird, ein „bewußtes äußeres Verhalten", aus dem auf einen Annahmewillen geschlossen werden kann, z. B. die Ingebrauchnahme der Mietsache. Dagegen kann eine bloße Empfangnahme zu anderen Zwecken, z. B. zu demnächstiger Prüfung oder wegen Untunlichkeit sofortiger Rückgabe, als genügend nicht erachtet werden.[3])

Für das Kriterium „Kenntnis des Mieters", das wieder die stillschweigende Genehmigung des mangelhaften Zustandes der Mietsache bedeutet, gilt das im vorigen Abschnitte bereits Ge-

[1]) Für den Erfüllungsanspruch gelten die Ausführungen des vorigen Abschnittes in gleicher Weise.

[2]) Crome Bd. 2 S. 451 u. 542 Anm. 13; Planck Bem. 1a zu § 464; Staudinger Bem. 5 zu § 464; Oertmann Bem. 2 zu § 464.

[3]) Crome Bd. 2 S. 451; Leonhard, Beweislast S. 374; Oertmann Bem. 1 zu § 363; Staudinger Bd. 2, 1 Bem. 3 zu § 363 S. 356.

sagte in gleicher Weise. Nur darf dem wirklichen Kennen des Mieters in dem hier in Frage kommenden Zeitpunkte ein Kennenmüssen, d. h. die seitens des Mieters verschuldete Unkenntnis, in keiner Weise gleichgestellt werden.[1]) Nimmt der Mieter also die Mietsache in grobfahrlässiger Unkenntnis eines Mangels an, so hat dieses einen Fortfall der Mängelrechte des Mieters nicht zur Folge.

Der Verlust der Mängelrechte des Mieters, der die Mietsache in Kenntnis eines ihre Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche beeinträchtigenden Mangels annimmt, tritt abgesehen von den bisher erörterten Erfordernissen jedoch nur dann ein, wenn der Mieter bei der Annahme der mangelhaften Mietsache sich die Geltendmachung seiner Rechte nicht vorbehalten hat. Wird also seitens des Mieters bei der Annahme der Mietsache ein derartiger Vorbehalt getroffen, so kann er trotz seiner Kenntnis von dem Sachmangel den Mietzins ganz einbehalten oder mindern, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder seine Kündigungsbefugnis nach Maßgabe des § 542 ausüben.

Dieser Vorbehalt des Mieters ist also eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem Vermieter oder dessen legitimierten Vertreter gegenüber abzugeben und an eine Form nicht gebunden ist. Sie kann ferner ausdrücklich als solche ausgesprochen oder mit gleichbedeutenden Worten eingelegt werden und selbst durch konkludente Handlungen erfolgen,[2]) da das Gesetz einen über die allgemeinen Grundsätze hinausgehenden „ausdrücklichen" Vorbehalt nicht verlangt. Immer muß jedoch der Vorbehalt, der mit einer Mängelanzeige nicht identisch ist, wohl aber in Verbindung mit einer solchen abgegeben werden kann, eine Rechtsverwahrung wegen des bestimmten einzelnen Mangels erkennbar kundgeben, auf den sich die Kenntnis des Mieters bei der Annahme der Mietsache erstreckte;[3]) ein Vorbehalt ganz allgemeinen Inhaltes ist demgemäß wirkungslos.

Nach dem Wortlaute des Gesetzes schließlich muß der Vorbehalt zur Erhaltung der Mängelrechte b e i der Annahme der Mietsache erfolgen, darf also nicht erst hinterher getroffen werden. Jedoch ist eine Einlegung des Vorbehaltes gerade unmittelbar bei dem Annahmeakte nicht erforderlich, vielmehr wird

---

[1]) Staudinger Bem. 3a zu § 464; Mittelstein S. 164 Anm. 46; Oertmann Bem. 1c zu § 464; Tumpowsky S. 107.
[2]) Staudinger Bem. f zu § 464; Oertmann Bem. 3a zu § 464.
[3]) Planck Bem. 1c a. E. zu § 464; Mittelstein S. 164 in der Mitte.

auch ein vorheriger Vorbehalt bei der Annahme der Mietsache als fortwirkend anzusehen sein.[1]) Auch ist die Absendung der Vorbehaltserklärung unverzüglich nach der Annahme der Mietsache dann als genügend zu erachten, wenn bei der Annahme weder der Vermieter noch ein legitimierter Vertreter zugegen gewesen ist. Diese einseitige Rechtsverwahrung des Mieters, als welche sich der Vorbehalt charakterisiert, kann durch einen Vertrag der Parteien über die Behandlung der Mängel ersetzt werden, nach welchem der Vermieter sich z. B. erbietet, die Mängel zu beseitigen.

Ebenso wie beim Abschluß des Mietvertrages bleibt dem Mieter also auch bei der Annahme der Mietsache, ohne daß es eines Vorbehalts bedarf, die Geltendmachung seiner Rechte trotz Kenntnis von dem Sachmangel auf Grund der Vereinbarung erhalten, durch welche sich der Vermieter zur Beseitigung der Mängel verpflichtet.[2]) Wann diese Vereinbarung getroffen worden ist, ob erst bei der Annahme der Mietsache oder schon vorher, z. B. beim Abschluß des Mietvertrages, ist gleichgültig, denn mit der Erfüllung des Beseitigungsversprechens kann der Mieter auch noch nach der Annahme der Mietsache rechnen. Nimmt der Mieter die Mietsache in Kenntnis ihres Mangels ohne Vorbehalt seiner Mängelrechte an, so tritt die Wirkung der vorbehaltslosen Annahme auch dann ein, wenn der Vermieter den Mangel arglistig verschwiegen hatte. Die Haftung des Vermieters wegen des dem Mieter bekannten Mangels bleibt also auch in diesem Falle aufgehoben.

Aus der Heranziehung des § 460 und Satz 2 des § 539 könnte man folgern, und diese Folgerung ist auch tatsächlich von Oertmann in seiner 1. Auflage gezogen worden, daß dem Mieter infolge des arglistigen Verschweigens des Mangels seitens des Vermieters die Geltendmachung seiner Rechte trotz Kenntnis und vorbehaltsloser Annahme zustehen müßte. Die Heranziehung der §§ 460 u. 464 im Satz 2 des § 539 ist jedoch zum Zwecke der parallelen Regelung des Ausschlusses der Haftung bei der Miete wie beim Kaufe erfolgt, die Vorschrift des § 460 kann sich also nur auf die grobfahrlässige Unkenntnis des Mieters bei der Annahme beziehen. Obige Annahme, daß ein arglistiges Verschweigen des Mangels durch den Vermieter die

[1]) Staudinger Bem. 6a zu § 464; RGE. Bd. 58 S. 262; Recht 1909 Nr. 2103; Oertmann Bem. 3a zu § 464; Niendorff S. 105.

[2]) Crome Bd. 2 S. 542 Anm. 13; Mittelstein S. 164; Niendorff S. 103; Oertmann Bem. 2 zu § 539; Staudinger Bem. I, 3 zu § 539 in Verb. mit Bem. 6d zu § 464; Kipp-Windscheid S. 702; RGE. im Recht 1908 Nr. 286; and. A. Seufferts Arch. Bd. 58 Nr. 51 a. E.

Wirkung der vorbehaltslosen Annahme der Sache nicht paralysieren kann, ist jetzt in der Literatur auch unbestritten[1]) und ergibt sich ferner aus der Erwägung, daß ein arglistiges Verschweigen des Mangels auf die tatsächliche Kenntnis des Mieters in dem Zeitpunkte der Annahme der Sache ebensowenig von Einfluß gewesen sein kann wie bei dem Abschluß des Mietvertrages. Daß hier noch das Moment der vorbehaltslosen Annahme hinzutritt, ist für das Ergebnis bedeutungslos.

Endlich verdient noch erwähnt zu werden, daß in der vorbehaltslosen Annahme der Mietsache trotz Kenntnis von dem Mangel ein Verzicht des Mieters auf die Geltendmachung seiner sämtlichen Rechte erblickt werden kann.[2]) Diese Auffassung ist auch insofern für den Erfüllungsanspruch des Mieters, d. h. den Anspruch auf Beseitigung von Sachmängeln, von besonderer Bedeutung, als auch dieser Anspruch in dem Falle eines Verzichts ausgeschlossen ist, während er von der die Haftung des Vermieters aufhebenden gesetzlichen Regelung nicht mitbetroffen wird.

Aber auch der Vorbehalt bei der Annahme, durch den der Mieter sich die Geltendmachung seiner Mängelrechte wahrt, und sogar eine Vereinbarung der Mietsparteien, daß der Vermieter für die Abstellung der Mängel Sorge tragen solle, lassen noch Raum für einen nachträglichen Verzicht des Mieters auf die Ausübung seiner Mängelrechte.[3]) Dieser Verzicht kann sowohl ausdrücklich erklärt werden als auch stillschweigend, d. h. durch konkludente Handlungen erfolgen, und kann unter Umständen schon daraus hergeleitet werden, daß der Mieter überhaupt keine Beseitigung des Mangels verlangt, sondern den Mietzins für die ganze Mietzeit im voraus zahlt.

Bei diesem gesetzlichen Ausschließungsgrunde regelt sich die Beweislast in der Weise, daß der Vermieter zunächst die Kenntnis des Mieters von dem Mangel der gemieteten Sache, auf die er sich zur Befreiung von seiner Gewährleistungspflicht berufen wird, darzutun hat.[4]) Ferner hat der Vermieter den Beweis zu führen, daß der Mieter trotz seiner Kenntnis des

---

[1]) Niendorff S. 105; Mittelstein S. 161 Anm. 47; Tumpowsky S. 108; RGE. Bd. 59 Nr. 31; jetzt auch Oertmann Bem. 1c zu § 539; Süßheim S. 226.

[2]) Strauß S. 65; Tumpowsky S. 108; Oertmann a. a. O. Bem. 1 a. u. b zu § 464.

[3]) Mittelstein S. 164 u. 155f.

[4]) Staudinger Bem. II zu § 539 und Bem. 4 zu § 464; Oertmann Bem. 5 zu § 464 und Bem. 4 zu § 539; Mittelstein S. 164; Planck Bem. 1c a. E. zu § 464.

Mangels die gemietete Sache angenommen, d. h. als Erfüllung angenommen hat. Demgegenüber trifft den Mieter die Beweislast für den nach der Annahme geltend gemachten Mangel gemäß § 363 und dafür, daß er sich bei der Annahme die Geltendmachung seiner Mängelrechte vorbehalten hat, oder daß an Stelle des Vorbehaltes zwischen ihm und dem Vermieter eine Vereinbarung getroffen worden sei,[1]) nach welcher der Vermieter für die Beseitigung der Mängel zu sorgen habe. Diesen vom Mieter erbrachten Beweisen kann der Vermieter jederzeit wieder durch den Nachweis begegnen, daß der Mieter auf die Geltendmachung seiner Rechte nachträglich ausdrücklich oder stillschweigend Verzicht geleistet hat.

c) Während der Dauer des Mietverhältnisses.

Entdeckt der Mieter erst im Laufe des Mietverhältnisses einen Mangel, der entweder schon bei dem Abschlusse des Mietvertrages oder der Annahme der Mietsache vorhanden war, aber erst später hervorgetreten ist oder überhaupt nach der Annahme der Mietsache erst entstanden ist, so schadet dem Mieter die Kenntnis des Mangels als solche nicht, vielmehr bleibt es ihm unbenommen, seine Gewährleistungsansprüche wegen des Mangels geltend zu machen.

Es ist nämlich m. E. nicht angängig, die im § 539 enthaltene gesetzliche Normierung für den Ausschluß der Haftung auch auf den Fall zu beziehen, wenn der Mieter erst nach der Annahme der Mietsache Kenntnis von dem Mangel erlangt und nicht nachträglich noch Vorbehalt seiner Rechte eingelegt hat.

Wenn Laband[2]) im Hinblick auf die nachteiligen Konsequenzen einer gegenteiligen Regelung, einer Ausdehnung der Vorschrift des dem § 539 entsprechenden § 464 auch auf diesen Fall das Wort redet, so widerspricht dieser Ansicht, die auch von der herrschenden Meinung nicht geteilt wird,[3]) schon die jeden Zweifel ausschließende klare Fassung der erwähnten Vorschriften, die ausdrücklich „Kenntnis des Mieters bei der Annahme“ für den Fortfall der Mängelrechte fordern.

Dagegen wird eine nach der Annahme der Mietsache, also im Laufe des Mietverhältnisses erlangte Kenntnis von einem

[1]) Mittelstein S. 164; Rosenberg im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 94 S. 128ff.; RGE. im Recht 1909 Nr. 2103; Staudinger Bem. III zu § 539; Planck Bem. 1c zu § 464; Oertmann Bem. 4 zu § 539; and. A. Leonhard S. 381ff.

[2]) Laband im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 74 S. 357.

[3]) Staudinger Bem. 9a zu § 464; Oertmann Bem. 4 zu § 464 S. 437.

Mangel dann einen Verlust der Mängelrechte herbeiführen können, wenn in dem weiteren Verhalten des Mieters trotz seiner Kenntnis von dem Fehler eine stillschweigende Genehmigung des mangelhaften Zustandes der Sache oder ein Verzicht auf eine bessere Beschaffenheit zu erblicken ist.

Setzt der Mieter z. B., obwohl ihm der Mangel nachträglich bekannt geworden ist, den Gebrauch der Mietsache ohne Widerrede fort und entrichtet den Mietzins wie bisher vollständig und ohne jeden Vorbehalt weiter, so bringt er damit zum Ausdrucke, daß er die Mietsache trotz des den Gebrauch beeinträchtigenden Mangels dennoch für vertragsmäßig halte und die Leistung des Vermieters als dem Vertrage entsprechend erachte.[1])

Infolgedessen hat der Mieter sich jedenfalls für den vergangenen Zeitabschnitt, in welchem er durch den vorbehaltslosen Gebrauch den mangelhaften Zustand der Mietsache gutgeheißen hat und somit tatsächlich ein Austausch von Leistung und Gegenleistung stattgefunden hat, der Mietzinsminderung und des Rechtes auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung begeben.

Unter diesem Gesichtspunkte gelangen wir zu einem befriedigenden Resultate, ohne daß es einer Heranziehung des hier nicht passenden § 539 bedarf.

Daß der Mieter aber durch sein Verhalten in Kenntnis des Mangels den fehlerhaften Zustand der Mietsache auch für die ganze fernere Mietzeit stillschweigend genehmigt und somit auf die Geltendmachung seiner Mängelrechte für die Zukunft überhaupt verzichtet hat, ist nicht ohne weiteres anzunehmen, sondern muß der Beurteilung der Umstände des einzelnen Falles überlassen bleiben.[2]) Ein solcher Verzicht darf z. B. nicht bei Mängeln unterstellt werden, die wie Schwamm sich immer mehr ausbreiten und den Gebrauch der Mietsache mit der Zeit immer erheblicher beeinträchtigen, und ist auch dann abzulehnen, wenn sich nachträglich für den Mieter eine Zwangslage herausstellt, zur Vermeidung größerer Nachteile die überlassene fehlerhafte Mietsache mangels einer besseren weiter zu gebrauchen. Infolgedessen kann auch der Annahme Niendorffs[3]) nicht beigepflichtet

---

[1]) Niendorff S. 105; Staudinger Bem. 4 zu § 539; RGE. vom 19. 7. 1903; Oertmann Bem. 4 zu § 464.

[2]) Staudinger Bem. 9c zu § 464; Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung S. 127; Kuhlenbeck Bem. zu § 464; Oertmann Bd. 2 Bem. 4 zu § 464; RGE. v. 7. 7. 1900; Crome Bd. 2 S. 451 b γ.

[3]) Niendorff S. 106; auch Staudinger Bd. 2,1 Bem. 4 zu § 539 spricht von einer analogen Anwendung des § 539, aber nur für den vergangenen Zeitabschnitt, nicht in dem weiteren Sinne Niendorffs.

werden, der in diesen Fällen die Vorschrift des § 539 analog anwenden will, da es keinen Unterschied mache, ob der Mieter eine mangelhafte Sache wissentlich übernehme oder die mangelhaft gewordene Sache vorbehaltslos weiter benutze.

Das Gesetz selbst kennt bei Mängeln, die sich erst im Laufe der Mietzeit zeigen und zur Kenntnis des Mieters gelangen, nur einen Ausschließungsgrund für die Mängelrechte des Mieters, nämlich die Verletzung der dem Mieter in § 545 auferlegten Anzeigepflicht. Diese Vorschrift lautet: Zeigt sich im Laufe der Miete ein Mangel der gemieteten Sache oder wird eine Vorkehrung zum Schutze der Sache gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr erforderlich, so hat der Mieter dem Vermieter unverzüglich Anzeige zu machen.

Da diese Anzeigepflicht, wie die Motive[1]) hervorheben, ein Ausschluß der dem Mieter im Interesse des Vermieters obliegenden allgemeinen Obhutspflicht ist, beschränkt sie sich nicht auf solche Mängel der Sache und Rechtsanmaßungen Dritter, durch welche der vertragsmäßige Gebrauch der Mietsache beeinträchtigt oder bedroht wird, sondern erstreckt sich auch auf jedes Hervortreten eines schlechten Zustandes der Mietsache, durch den der vertragsmäßige Gebrauch an sich nicht berührt wird. Dies geht auch aus dem Wortlaute der Vorschrift hervor, die ganz allgemein von Mängeln spricht. Soweit es sich also bei Mängeln um das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft handelt, gehört diese Vorschrift immer in den Rahmen unserer Darstellung, da nach unserer Annahme das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft den vertragsmäßigen Gebrauch nicht zu beeinträchtigen braucht und doch eine Haftung des Vermieters begründet.

Bei eigentlichen Tauglichkeitsfehlern kommt dagegen diese gesetzliche Bestimmung nur insoweit in Betracht, als es sich um Fehler handelt, durch welche der vertragsmäßige Gebrauch der Mietsache aufgehoben oder gemindert wird.

Die vom Gesetze erforderte Anzeige, welche an keine Form gebunden, sondern schriftlich wie mündlich erfolgen kann, ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, zwar nicht rechtsgeschäftlicher, sondern tatsächlicher Art,[2]) welche aber doch einer entsprechenden Anwendung der §§ 130 ff. untersteht. Vorgeschrieben ist, daß der Mieter die Anzeige unverzüglich, nach der gesetzlichen Definition des § 121 ohne schuldhaftes Zögern,

[1]) Mot. Bd. 2 S. 400; Staudinger Bem. 1a zu § 545; Mittelstein S. 212; Niendorff S. 176 ff.

[2]) Oertmann Bem. 2a zu § 545; Staudinger Bem. II zu § 545.

zu machen hat, sobald der Mangel sich zeigt oder er Kenntnis von ihm erlangt hat.

Verletzt der Mieter seine ihm obliegende Anzeigepflicht, so sind die sich hieran knüpfenden Rechtsfolgen teils positiver, teils negativer Natur. Einmal hat der Mieter dem Vermieter denjenigen Schaden zu ersetzen, der diesem durch die Unterlassung der Anzeige erwachsen ist, eine Verpflichtung, die sich schon aus allgemeinen Grundsätzen erklärt, in § 545 Abs. 2 Halbsatz 1 aber noch einmal ausdrücklich ausgesprochen ist.

Uns interessiert besonders die zweite rechtliche Wirkung der unterlassenen Anzeige.

Soweit nämlich der Vermieter infolge der Unterlassung der Anzeige Abhilfe zu schaffen außerstande ist, steht dem Mieter nicht das Recht zu, gemäß § 537 seinen Mietzins zu mindern oder ganz einzubehalten, oder nach § 542 Abs. 1 Satz 3 ohne Bestimmung einer Frist zu kündigen, oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Nach § 545 Abs. 2 Halbsatz 2 büßt der Mieter also grundsätzlich sein Recht auf außerordentliche Kündigung nicht ein, wenn infolge eines Sachmangels, dessen rechtzeitige Anzeige der Mieter unterlassen hat, ihm der vertragsmäßige Gebrauch ganz oder zum Teil entzogen wird; er verliert aber seine besondere Befugnis, ohne die Bestimmung einer Abhilfefrist kündigen zu dürfen, d. h. er muß dem Vermieter zur Beseitigung des Mangels eine angemessene Frist selbst dann stellen, wenn die Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat. Unrichtig ist infolgedessen die Behauptung Fulds,[1]) die Unterlassung der Anzeige könne unter Umständen zur Folge haben, daß der Mieter von seinem Kündigungsrecht überhaupt keinen Gebrauch machen kann. Vielmehr tritt infolge eines Verstoßes gegen die gesetzliche Anzeigepflicht ein Verlust bezw. eine Beschränkung der Mängelrechte nur insoweit ein, als der Vermieter gerade infolge dieses Verstoßes Abhilfe zu schaffen außerstande war. Der Mieter kann infolgedessen nur für diejenige Zeit, für welche ihm bei rechtzeitiger Erstattung der Anzeige der Gebrauch der Sache nicht entzogen oder geschmälert worden wäre, keine Minderung oder Befreiung von der Entrichtung des Mietzinses geltend machen, und nur bezüglich desjenigen Schadens, der dadurch hätte vermieden werden können, keinen Ersatz verlangen. Ferner kann er nur dann das Mietverhältnis nicht ohne Bestimmung einer Abhilfefrist kündigen, wenn der Vermieter infolge rechtzeitiger Anzeige den Mangel so weit hätte beseitigen können, daß ein besonderes Interesse

[1]) Fuld S. 64; auch Matthiaß in 5. Aufl. § 114 II D 1 b S. 303.

des Mieters an der sofortigen Kündigung nicht vorhanden gewesen wäre.[1])

Hieraus ist die Folgerung zu ziehen, daß der Mieter trotz der Unterlassung der Anzeige keine Verkürzung seiner Mängelrechte erleidet, wenn der Mieter im konkreten Falle auch trotz rechtzeitiger Anzeige nicht imstande gewesen wäre, Abhilfe zu schaffen. Da ferner nur schuldhaftes Zögern mit der Anzeige eine Beschränkung der Mängelrechte begründet, so bleibt dem Mieter, obwohl er seiner Anzeigepflicht nicht genügt, die Geltendmachung seiner Mängelrechte uneingeschränkt erhalten, wenn er zur Erstattung einer Anzeige physisch oder psychisch außerstande[2]) war oder ohne Fahrlässigkeit annehmen konnte, daß dem Vermieter selbst der Sachmangel bekannt war.[3])

Denn der Mieter braucht natürlich dann keine Anzeige zu machen, wenn der Vermieter anderweitig, gleichgültig auf welche Weise, von dem Mangel Kenntnis erlangt hat. Und auch in denjenigen Fällen wird m. E. eine Verletzung der Anzeigepflicht auf die Gewährleistungshaftung des Vermieters ohne Einfluß bleiben, in welchen der Vermieter den Mangel infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.[4]) Diese Annahme ergibt sich aus den Grundsätzen von Treu und Glauben und ist auch aus dem Zwecke herzuleiten, den das Gesetz mit der Normierung der Pflicht des Mieters zur Anzeige verbindet.

Unberührt von den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die gesetzliche Anzeigepflicht bleibt das Selbsthilferecht des Mieters, da dieser mit der Beseitigung eines den Gebrauch beeinträchtigenden Sachmangels nicht abzuwarten braucht, ob der Vermieter auf die Anzeige hin Abhilfe schafft, vielmehr den Mangel selber abstellen kann, noch bevor er hiervon dem Vermieter Anzeige erstattet hat.[5]) Da aber nach § 538 Abs. 2 für den Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen Verzug des Vermieters mit der Beseitigung des Mangels Voraussetzung ist, der Vermieter aber in Unkenntnis des Mangels nicht in Verzug geraten kann, wird eine Verletzung der An-

---

[1]) Borcherdt S. 45; Goldmann-Lilienthal S. 563, 6; Planck Bem. 3 zu § 545 S. 462.

[2]) Staudinger Bem. III, 4a zu § 545; Fuld S. 103; Tumpowsky S. 117.

[3]) Planck Bem. 2 zu § 545; Dernburg § 219 III; Crome Bd. 2 S. 549 Anm. 24; Schollmeyer S. 65; Mittelstein S. 212 unter 2; Borcherdt S. 61 Nr. 1.

[4]) Staudinger Bem. III, 4b zu § 545; Oertmann Bd. 2 Bem. 4 zu § 545; Mot. Bd. 2 S. 401; Fuld S. 103 β; Tumpowsky S. 117; Goldmann-Lilienthal § 156 S. 556, 5.

[5]) Fuld S. 104; Staudinger Bem. IV, 1 zu § 545 S. 824.

zeigepflicht des Mieters für seinen Ersatzanspruch von weittragender Bedeutung sein können. Zur Erhaltung seiner Ersatzforderungen, jedenfalls des Anspruches auf Ersatz nicht notwendiger Aufwendungen, ist dem Mieter daher anzuraten, vor der Ausübung seines Selbsthilferechts dem Vermieter Anzeige von dem zu beseitigenden Mangel zu machen.

Will der Vermieter aus der Verletzung der Anzeigepflicht seitens des Mieters einen Ausschluß oder eine Beschränkung seiner Haftung herleiten, so hat er nach der einen Ansicht[1]) nur den Beweis dafür zu erbringen, daß und wann im Laufe der Mietzeit sich ein Sachmangel gezeigt hat, wogegen der Mieter darzutun habe, daß er ihn bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht erkannt hat. Dies ergebe sich aus dem Wortlaute des § 545, der nur von einem Sichzeigen des Mangels spreche. Demgegenüber legt die herrschende Ansicht dem Vermieter den Beweis dafür auf, daß der Mieter während der Mietsdauer Kenntnis von einem Mangel erlangt hat oder sie hätte erlangen müssen.[2]) Letzterer Ansicht ist m. E. als der zutreffenden beizutreten, weil der Vermieter die Voraussetzungen für eine Beschränkung seiner Haftung, nämlich in diesem Falle die schuldhafte Verletzung der gesetzlichen Anzeigepflicht zu beweisen hat. Da die Anzeige aber stets wieder von einer Kenntnis, mindestens aber von einem Kennenmüssen des Sachmangels seitens des Mieters abhängig ist, kann dort von einer schuldhaften Verletzung der Anzeigepflicht keine Rede sein, wo der Mieter den Mangel nicht gekannt hat und diese Unkenntnis auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht. Daher hat der Vermieter m. E. die Kenntnis zu beweisen. Die schuldhafte Unkenntnis soll in einem der folgenden Abschnitte noch besonders erörtert werden.

Nach der herrschenden Ansicht[3]) hat der Mieter diesem Nachweis des Vermieters gegenüber zu beweisen, daß er die Anzeige von dem Mangel dem Vermieter rechtzeitig erstattet habe. Diese Annahme gibt zu Bedenken Anlaß, da doch der Vermieter die schuldhafte Verletzung der Anzeigepflicht als

[1]) Niendorff S. 182; Goldmann-Lilienthal § 155 S. 562/63 Anm. 32; Leistikow S. 74, die aber zugeben, daß der Beweis des Mangels unter Umständen schon so viel für ein Verschulden des Mieters erbringen kann, daß dieser den Nachweis zu liefern hat, er habe den Umstand nicht zu vertreten.

[2]) Planck Bem. 4 zu § 545; Mittelstein S. 213; Brückner S. 77; Tumpowsky S. 117; Oertmann Bem. 3 zu § 545; Staudinger Bd. 2, 1 Bem. V zu § 545.

[3]) Staudinger Bd. 2, 1 Bem. V zu § 545; Mittelstein S. 214; Tumpowsky S. 117; Planck Bd. 2 Bem. 4 zu § 545; Oertmann ebenda.

Voraussetzung für eine Beschränkung seiner Haftung darzutun hat. M. E. hat er also nicht nur die Kenntnis des Mieters von dem Mangel, sondern auch den Umstand nachzuweisen, daß der Mieter die Anzeige nicht unverzüglich erstattet hat.

Beruft der Mieter sich aber auf das Vorliegen eines Ausnahmefalles, so hat er zu beweisen, daß er physisch oder psychisch zur Erstattung der Anzeige außerstande war, oder daß dem Vermieter selber der Mangel bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben war.

Endlich steht ihm noch der Nachweis offen, daß er — der Mieter — ohne Fahrlässigkeit annehmen durfte, der Vermieter habe von dem Mangel bereits Kenntnis erlangt.[1])

Stützt der Vermieter den Ausschluß seiner Haftung nicht auf einen Verstoß gegen die gesetzliche Anzeigepflicht, sondern darauf, daß in dem vorbehaltslosen Weitergebrauch der Mietsache durch den Mieter trotz seiner Kenntnis eines Mangels ein Verzicht auf die Geltendmachung seiner Mängelrechte zu erblicken sei, so ist der Vermieter nicht nur für die Kenntnis des Mieters, sondern auch für die Tatsache beweispflichtig, aus denen ein derartiger Verzicht zu entnehmen ist.[2])

3. Grobfahrlässige Unkenntnis des Mieters von einem Mangel.

a) Bei Abschluß des Mietvertrags.

Der letzte gesetzliche Grund für die Ausschließung der Gewährleistungshaftung, den wir in unserer Darstellung noch zu erörtern haben, ist die schuldhafte, auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis des Mieters von einem Mangel der gemieteten Sache. Hierüber besagt Satz 2 des § 539 folgendes: Ist dem Mieter ein Mangel der im § 537 Abs. 1 bezeichneten Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so kann er seine Rechte nur unter den Voraussetzungen geltend machen, unter welchen dem Käufer einer mangelhaften Sache gemäß § 460 Gewähr zu leisten ist.

Die Definition des Begriffes „grobe Fahrlässigkeit“ hat das Gesetz selbst an keiner Stelle ausgeführt, sondern der Wissenschaft überlassen. Grobe Fahrlässigkeit liegt dann vor, wenn die im Verkehr für Verhältnisse der gerade gegebenen Art erforderliche Sorgfalt in besonders schwerer Weise verletzt wird.[3])

[1]) Mittelstein S. 214; Staudinger Bd. 2, 1 Bem. a. a. O. zu § 539; Oertmann ebenda.

[2]) Staudinger Bd. 2, 1 Bem. 9 b zu § 464 S. 614.

[3]) Weyl, Vorschuldensbegriffe S. 271; Staudinger Bd. 2, 1 Bem. I, 2 d zu § 276.

Durch ein solches Außerachtlassen der besonderen Sorgfalt muß dem Mieter ein den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigender Sachmangel unbekannt geblieben sein. Wann dieses der Fall ist, läßt sich nicht durch Aufstellen eines allgemeingültigen Kriteriums entscheiden, sondern ist Tatfrage und muß nach den Umständen des Einzelfalles bemessen werden.[1])

Eine grobe Fahrlässigkeit ist z. B. darin zu erblicken, daß der Mieter bei einer Besichtigung der Mietsache offenbare Mängel, d. h. solche, die bei einer Inaugenscheinnahme von jedem sofort wahrgenommen werden müssen, nicht erkannt hat. Für solche Mängel ist infolgedessen die Gewährleistungspflicht des Vermieters auf Grund der grobfahrlässigen Unkenntnis des Mieters ausgeschlossen. Hieraus darf jedoch nicht gefolgert werden, daß das Nichtbesichtigen der Mietsache dem Mieter zum Verschulden, geschweige denn zum groben Verschulden gereicht, denn eine allgemeine Besichtigungspflicht des Mieters vor oder bei Abschluß des Mietvertrages besteht nicht[2]) und ließe sich auch nicht durchführen; man denke nur an den Fall, daß der in Köln wohnende A eine Wohnung in München mietet.

Der Behauptung Cromes,[3]) daß bei der Miete für offene und offenbare Mängel eine Haftpflicht des Vermieters überhaupt nicht einträte, kann somit in dieser allgemeinen Fassung nicht beigepflichtet werden. Diese Annahme nämlich hat nur in denjenigen Fällen einen Anspruch auf Berechtigung, in welchen tatsächlich eine Besichtigung der Mietsache durch den Mieter stattgefunden hat oder nach der Verkehrssitte oder der Eigenart des Einzelfalles geboten erscheint; denn nur unter diesen Umständen kann das Nichterkennen der offenbaren Mängel bei der Besichtigung bezw. eine Unterlassung der Besichtigung dort, wo sie erforderlich ist, eine grobe Fahrlässigkeit des Mieters bedeuten.

Bei der Entscheidung, ob den Mieter der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit trifft, ist noch eine etwaige besondere Sachkenntnis des Mieters zu berücksichtigen sowie der Umstand in Betracht zu ziehen, daß der Mieter nach der Persönlichkeit des Vermieters und seinen Verhältnissen mit der großen Wahrscheinlichkeit eines Mangels rechnen mußte.[4])

---

[1]) Crome Bd. 2 S. 450 Anm. 44; Staudinger Bem. 3 zu § 460; Mot. Bd. 2 S. 226; Haidlen, BGB. S 528.

[2]) Mittelstein S. 163 Anm. 43; Niendorff S. 107; Tumpowsky S. 106; Strauß S. 65; Staudinger Bem. 1 zu § 539 in Verb. mit Bem. 1 b zu § 460.

[3]) Crome Bd. 2 S. 542 sub 3 a.

[4]) So für den Kauf Planck Bem. 1 b zu § 460; Oertmann Bd. 2 Bem. 3 zu § 460.

Auch der sehr geringe Mietzins, den der Mieter für die Gebrauchsgewährung der Mietsache zahlt, kann den Mieter unter Umständen veranlassen, die Mietsache auf einen Mangel hin zu untersuchen. Doch darf bei allen Erwägungen nicht außer acht gelassen werden, daß die Unkenntnis des Mieters von einem Mangel der gemieteten Sache auf einer grob en Fahrlässigkeit beruhen muß.

Diese schuldhafte Unkenntnis des Mieters von einem Mangel der gemieteten Sache, die einen Verlust der Mängelrechte zur Folge hat, muß vorhanden sein bei dem Abschlusse des Mietvertrages. Dieses geht aus der Fassung des § 539, in welchem die grobfahrlässige Unkenntnis und die Kenntnis des Mieters bei vorbehaltloser Annahme der Mietsache in demselben Satze behandelt wird, nicht klar ersichtlich hervor. Diese Annahme ergibt sich aber aus der Heranziehung des entsprechenden § 460 beim Kaufe und wird auch von der Literatur als feststehend angesehen.[1])

Hieraus folgt, daß eine schuldhafte Unkenntnis des Mieters bei der Annahme der Mietsache nicht dieselben Rechtsfolgen herbeiführt wie die Kenntnis des Mieters. Ist dem Mieter also ein Mangel der gemieteten Sache infolge grober Fahrlässigkeit bei ihrer Annahme unbekannt geblieben, so behält der Mieter dennoch die volle Geltendmachung seiner Mängelrechte.

Auch in dem Zeitpunkte des Vertragsabschlusses darf, wie jetzt erörtert werden soll, der Kenntnis des Mieters die auf Verschulden beruhende Unkenntnis von einem Mangel der gemieteten Sache durchaus nicht völlig gleichgestellt werden.[2])

Während nämlich die Kenntnis des Mieters bei dem Abschluß des Mietvertrages sich nicht nur auf Tauglichkeitsfehler, sondern auch auf das Fehlen zugesicherter Eigenschaften erstreckt und bei beiden Kategorien einen Fortfall der Mängelhaftung zur Folge hat, spricht das Gesetz bei dem Ausschluß der Mängelrechte infolge grobfahrlässiger Unkenntnis des Mieters nur von einem Mangel der im § 537 Abs. 1 bezeichneten Art, d. h. von einem Fehler, welcher die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche aufhebt oder mindert.

Also nur, wenn der Mieter bei Vertragsabschluß die Kenntnis eines solchen Fehlers infolge grober Fahrlässigkeit nicht erlangt hat, ist ihm die Geltendmachung seiner Mängelrechte wegen dieses einzelnen bestimmten Mangels genommen.[3])

---

[1]) Tumpowsky S. 105; Oertmann Bd. 2 Bem. 1c zu § 539; Mittelstein S. 163d.

[2]) Mittelstein S. 163; Oertmann a. a. O.

[3]) Daneben kann die Haftung wegen eines anderen Fehlers Platz greifen.

Hieraus folgt, daß dem Mieter seine Mängelrechte erhalten bleiben, wenn bei dem Vertragsabschluß eine besonders zugesicherte Eigenschaft der Mietsache nicht vorhanden ist und ihr Fehlen dem Mieter infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Diese Konsequenz ergibt sich auch aus der juristischen Natur der Zusicherung, die als eine Garantieübernahme für das Vorhandensein der besonderen Eigenschaft dem Vermieter strenge Verpflichtungen auferlegt. Den Mieter, der auf die Richtigkeit dieser Zusicherung vertraut, kann also nicht der Vorwurf groben Verschuldens treffen.

Da die Zusicherung einer Eigenschaft auch die Zusicherung der Abwesenheit eines Tauglichkeitsfehlers bedeuten kann, so schadet dem Mieter in der Ausübung seiner Mängelrechte selbst die grobfahrlässige Unkenntnis eines Mangels der in Abs. 1 des § 537 bezeichneten Art nicht, wenn nur die Abwesenheit des Fehlers ausdrücklich zugesichert war.

In diesem Falle ist also selbst bei einem eigentlichen Tauglichkeitsfehler das Kennenmüssen der Kenntnis des Mieters im Hinblicke auf die rechtlichen Wirkungen nicht gleichgestellt. Im Gesetze ist diese Folgerung als eine Ausnahme von dem Prinzip des Haftungsausschlusses noch ausdrücklich durch die Heranziehung des § 460 Satz 2 ausgesprochen worden.

Aus der Verweisung auf die Vorschrift des § 460 Satz 2 ergibt sich noch eine weitere Durchbrechung des oben erörterten Prinzipes von dem Fortfall der Mängelrechte bei grobfahrlässiger Unkenntnis des Mieters.

Hat nämlich der Vermieter bei dem Abschluß des Mietvertrages das Vorhandensein eines den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigenden Tauglichkeitsfehlers arglistig verschwiegen, so steht dem Mieter die volle Geltendmachung seiner Rechte zu, obwohl ihm der Fehler infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, und dies trifft selbst dann zu, wenn die andere Ausnahme von dem Prinzip, die Zusicherung der Abwesenheit eines Tauglichkeitsfehlers, nicht vorliegt. Während also auf die Kenntnis des Mieters von einem Mangel der gemieteten Sache und auf die hierdurch herbeigeführten rechtlichen Folgen das arglistige Verschweigen des Vermieters keinen Einfluß ausübt, schließt es bei grobfahrlässiger Unkenntnis des Mieters den Fortfall der Mängelrechte aus.

Der Grund für diese abweichende Regelung ist wohl darin zu erblicken, daß in letzterem Falle ein beiderseitiges Verschulden zusammentrifft und das arglistige Verschweigen des Vermieters sich gegenüber der grobfahrlässigen Unkenntnis des Mieters als die größere Rechtsverletzung darstellt. Was wir

unter arglistigem Verschweigen zu verstehen haben, ist bereits an anderer Stelle erörtert worden; es genügt daher hier eine Verweisung auf jene Ausführungen.

Bei diesem letzten vom Gesetze statuierten Ausschließungsgrunde der Gewährleistungshaftung erfolgt die Verteilung der Beweislast in der Weise, daß der die Haftung ablehnende Vermieter zunächst den Beweis für die grobfahrlässige Unkenntnis des Mieters zur Zeit des Vertragsschlusses zu erbringen hat.[1]) Der Vermieter hat also des näheren die Umstände darzutun, aus denen sich die grobe Fahrlässigkeit des Mieters ergibt und aus denen insbesondere zu ersehen ist, daß der Mieter den Mangel der gemieteten Sache bei dem Vertragsabschlusse hätte kennen müssen. Bestreitet der Mieter den Ausschluß der Gewährleistungshaftung des Vermieters, weil dieser die Abwesenheit eines Tauglichkeitsfehlers ausdrücklich zugesichert oder gar den Mangel bei Abschluß des Mietvertrages arglistig verschwiegen hat, so hat er die Zusicherung und deren Inhalt und die Tatsachen, die für ein arglistiges Verschweigen des Vermieters sprechen, zu beweisen.[2])

b) Während der Mietsdauer.

Bereits im vorigen Abschnitte ist hervorgehoben worden, daß eine auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis von einem Mangel der gemieteten Sache grundsätzlich nur im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses einen Ausschluß der Mängelhaftung herbeiführt, während sie dem Mieter im Zeitpunkte der Annahme der Mietsache die Geltendmachung seiner Mängelrechte beläßt.

Dagegen kann während der Dauer des Mietsverhältnisses die grobfahrlässige Unkenntnis des Mieters sehr wohl den Verlust seiner Mängelrechte zur Folge haben.

Denn die Vorschrift des § 545, welche eine Anzeigepflicht des Mieters von einem Mangel der vermieteten Sache normiert, hat nicht notwendig immer eine Kenntnis des Mieters von diesem Fehler zur Voraussetzung. Vielmehr verlangt das Gesetz für den Eintritt der rechtlichen Folgen nur, daß sich im Laufe der Miete ein Mangel der gemieteten Sache zeigt, d. h. so hervortritt, daß er wahrgenommen werden kann, und daß der Mieter nicht unverzüglich hiervon dem Mieter Anzeige erstattet.

---

[1]) Oertmann Bd. 2 Bem. 4 zu § 539; Mittelstein S. 163d; Tumpowsky S. 109

[2]) Staudinger Bem. III zu § 539; RGE. im Recht 1907 Nr. 1297; Seufferts Arch. Bd. 58 S. 312.

Wenn der Mieter auch nicht verpflichtet ist, nach Mängeln der vermieteten Sache zu forschen,[1]) so fällt ihm m. E. doch eine grobe Fahrlässigkeit zur Last, wenn er einen Fehler nicht wahrnimmt, der so offensichtlich ist, daß er bei einiger Aufmerksamkeit seitens des Mieters hätte erkannt werden müssen.

Hält der Mieter z. B. einen unbewohnten Teil seines Hauses monatelang abgeschlossen, ohne ihn zu betreten, und setzt sich nun dort der Hausschwamm fest oder dringt durch das schadhaft gewordene Dach der Regen fortgesetzt in der Weise ein, daß der Mieter es hätte entdecken müssen, so begründet unter diesen Umständen schon die grobfahrlässige Unkenntnis von so klar erkennbaren Mängeln einen Verstoß gegen die Vorschrift des § 545.[2]) Denn auch in diesem Falle ist die Nichtanzeige eines Mangels auf ein Verschulden des Mieters zurückzuführen, für welches dieser verantwortlich ist.

Diese Mängelhaftung des Vermieters ist infolgedessen, wenn der Mieter in grobfahrlässiger Unkenntnis von dem offen zutage getretenen Mangel geblieben ist, in demselben Umfange ausgeschlossen, als hätte der Mieter trotz Kenntnis von dem Mangel die Anzeige nicht rechtzeitig an den Vermieter erstattet.

---

[1]) Crome Bd. 2 S. 549 Anm. 25; Dernburg Bd. 2 § 219 IV; Goldmann-Lilienthal § 155 III, 1 S. 562.

[2]) Oertmann Bd. 2 Bem. 2b zu § 545; Staudinger Bd. 2, 1 Bem. V zu § 545, der davon spricht, daß der Mangel dem Mieter erkennbar war; Tumpowsky S. 115.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.